



El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) es una organización internacional e independiente, fundada en 1968. Su Secretariado Internacional se encuentra en Copenhague, Dinamarca.

IWGIA colabora con pueblos indígenas de todo el mundo apoyando su lucha por los Derechos Humanos y la autodeterminación, el derecho al control de sus territorios, la integridad cultural y el derecho al desarrollo.

IWGIA trabaja a nivel local, regional e internacional a fin de promover la participación, la comprensión y el conocimiento de la causa de los pueblos indígenas.

[www.iwgia.org](http://www.iwgia.org)



El 28 y 29 de noviembre de 2006 se realizó en Santiago de Chile el Seminario Internacional sobre Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Bajo la convocatoria del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y de diversas entidades nacionales y extranjeras, académicos, trabajadores de derechos humanos, representantes de pueblos indígenas de Chile y América Latina, así como de Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá, se reunieron para debatir y analizar, desde distintas ópticas y perspectivas, los impactos económicos, ambientales, culturales y sociales de los actuales procesos de globalización sobre los pueblos indígenas.

El libro incluye más de treinta trabajos y visiones que muestran como la globalización afecta la vida cotidiana, los derechos y los territorios de los pueblos indígenas en distintos momentos y contextos geográficos. Las ponencias muestran que la globalización puede ser entendida no solo desde sus peligros y amenazas, sino también desde una dimensión distinta como son los derechos humanos, la cultura y las identidades.

Las ponencias muestran, además, que mientras la mayor parte de los estados y gobiernos, así como las multinacionales, promueven una globalización orientada únicamente al intercambio comercial y financiero, otros actores, los pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales, trabajan en la construcción de una globalización distinta basada en la evolución del derecho internacional y los derechos humanos. Enfrentados a una dinámica económica global que busca apropiarse los derechos sobre el agua, la tierra y los territorios de los pueblos indígenas, la acción colectiva indígena y las redes locales y regionales conformadas por diversos actores, cuestionan una globalización que empobrece a las comunidades y les disputa sus derechos ancestrales. El libro es por tanto una invitación a mirar estos procesos en la perspectiva de una globalización más cercana a los pueblos y sus derechos.

GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

# GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

Álvaro Bello M.  
José Aylwin O.  
COMPILADORES



El Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas es una organización no gubernamental sin fines de lucro que tiene como objetivos la promoción, documentación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Creada el 2004, está integrada por un grupo de ciudadan@s de diversas profesiones y procedencia étnica. Su trabajo se orienta por los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Sus principales actividades han incluido la elaboración de informes y publicaciones sobre la situación de los derechos de pueblos indígenas en Chile, la realización de cursos, diplomados y seminarios de difusión de estos derechos, y la denuncia y defensa nacional e internacional frente a su violación. El Observatorio articula su trabajo con organizaciones de derechos humanos y de pueblos indígenas tanto en Chile como en América Latina. A contar del 2008 pasa a conformar el Observatorio Ciudadano, incorporando a su trabajo temáticas relacionadas con la ciudadanía y la interculturalidad, y la globalización y los derechos humanos.

[www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl)



GLOBALIZACIÓN,  
DERECHOS HUMANOS Y  
PUEBLOS INDÍGENAS

© Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas  
Edición 2008  
ISBN 978-956-8775-00-1

Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas  
Antonio Varas 428  
Temuco, Chile  
F: 56 45 213963

Edición: Lola de la Maza W. y Andrea Rubilar U.  
Diseño Portada y diagramación: Lola de la Maza W.  
Foto portada: “Koyon” de Eduardo Rapimán

Impreso en  
Alfabetas Artes Gráficas

IMPRESO EN CHILE

GLOBALIZACIÓN,  
DERECHOS HUMANOS Y  
PUEBLOS INDÍGENAS

ÁLVARO BELLO M.  
JOSÉ AYLWIN O.

COMPILADORES

TEMUCO, CHILE  
2008



## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>PRÓLOGO</b> .....	11
<b>PRESENTACIONES INTRODUCTORIAS</b>	
José Aylwin O. ....	19
Marta Maurás.....	26
Rosa Ramos .....	31
 <b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>CONTEXTO INTERNACIONAL Y EXPERIENCIAS COMPARADAS</b>	
 LA GLOBALIZACIÓN, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS	
James Anaya .....	37
 LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS CONTRADICCIONES DE LA GLOBALIZACIÓN	
Álvaro Bello M. ....	48
 LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA INDÍGENA	
Sergio Fuenzalida .....	66
 GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS	
Felipe Gómez Isa .....	100
 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL	
Maria Elisa Ladeira.....	138

POLÍTICA CULTURAL DE RECONOCIMIENTO Y MULTICULTURALISMO EN PERÚ. ENTRE LA HOMOGENEIZACIÓN Y LA DEFENSA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Mercedes Manríquez Roque .....	162
DE COLONIZADO A GLOBALIZADO: UNA RESPUESTA INDÍGENA A LOS DESAFÍOS DEL NUEVO MUNDO Romeo Saganash.....	202
LOS DERECHOS DEL PUEBLO MAORI EN AOTEAROA/NUEVA ZELANDA Nin Tomas .....	206
RESISTENCIA DESDE LOS DESC Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ECONOMÍA COMUNITARIA Y SOLIDARIA Franco Viteli.....	234
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>CHILE: GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS</b>	
PUEBLOS ORIGINARIOS: UN DESAFÍO ADICIONAL A LA RSE Ximena Abogabir.....	241
LAS RECOMENDACIONES DEL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE LA ONU PARA LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE CHILE Y LA RESPUESTA DEL ESTADO Y DE OTROS ACTORES INTERPELADOS José Aylwin .....	246
GLOBALIZAR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS Pedro Cayuqueo.....	272
ÁREAS PROTEGIDAS Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. DESAFÍOS PARA EL CONTEXTO CHILENO Ximena Cuadra .....	277
ÉTICA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL: UN DESAFÍO PENDIENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Sergio Cuyul.....	293
LAS IMPLICANCIAS DEL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE DERECHOS INDÍGENAS EN CHILE DESDE LA VISIÓN AYMARA Richard Fernández.....	297

CIUDADANÍA MULTICULTURAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN Claudio González Parra y Jeanne W. Simon .....	302
LA POLÍTICA DE CRIMINALIZACIÓN HACIA EL PUEBLO MAPUCHE Rodrigo Huenchullan .....	319
PERCEPCIÓN DE DIRIGENTES MAPUCHE FRENTE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INDÍGENAS EN CHILE (1990-2000) Soledad Molinet Huechucura .....	321
<b>TERCERA PARTE</b>	
<b>DERECHOS DE AGUA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS EN LOS PAÍSES ANDINOS</b>	
AGUA SUBTERRÁNEA: DERECHOS COLECTIVOS, AUTONOMÍA, MERCADO Y JUSTICIA AMBIENTAL EN EL TERRITORIO LICKANANTAY (DESIERTO DE ATACAMA, CHILE) Alonso Barros van Hövell .....	347
EXPLOTACIÓN MINERA EN GLACIARES LOCALIZADOS EN EL TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD DIAGUITA DE LOS HUASCOALTINOS, Sergio Campusano .....	373
PÉRDIDA DE DERECHOS DE AGUA DE PROPIEDAD ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD CHUSMIZA USMAGAMA Luis Humberto Carvajal .....	376
IMPACTO DE LA EXPLOTACIÓN IRRACIONAL DE AGUA EN LA CUENCA DEL SALAR DE ATACAMA Y SECTOR ALTOANDINO Ernesto Cerda .....	381
IMPACTO DE LA EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL OASIS DE PICA Susana Guagama .....	387
DESECAMIENTO LAGUNA SECTOR LAGUNILLA EN EL TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD DE CANCOSA Antonio Mamani .....	392
DERECHOS DE AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS DE CAÑAR, ECUADOR Carmelina Muñoz .....	398



EXTINCIÓN DEL OASIS DE QUILLAGUA, TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD DE QUILLAGUA Víctor Palape .....	402
EL AGUA, UN PROBLEMA COMÚN DE LAS COMUNIDADES ATACAMEÑAS José Domingo Pérez.....	406
EL CASO PASCUA LAMA: LOS HUASCOALTINOS Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA Raimundo Pérez Larraín .....	409
DERECHOS DE AGUA INDÍGENAS EN LA REGIÓN ANDINA Nancy Yáñez .....	440
EXPLOTACIÓN GÉISERES DEL TATIO; SITIO PATRIMONIAL DE LAS COMUNIDADES DE TOCONCE Y CASPANA Lorena Yere y Rosa Ramos .....	465

## AGRADECIMIENTOS

Deseamos agradecer primeramente a quienes apoyaron de manera decidida tanto la realización del Seminario Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, llevado a cabo en Santiago de Chile los días 28 y 29 de noviembre de 2006, como la publicación de este libro, en especial al **Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) de Dinamarca**, así como a la **Fundación Ford**.

Junto a ello deseamos agradecer a quienes participaron como auspiciadores del seminario de cuyos contenidos aquí se da cuenta, especialmente a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); la Corporación Mapuche Lonko Kilapan (con el apoyo de la Unión Europea); Forest Ethics; Ayuda Popular Noruega; Fundación AVINA; y Visión Social del Agua.

Asimismo, deseamos agradecer a las diversas organizaciones e instituciones que colaboraron como patrocinadores del seminario que ha dado origen a este libro, al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, a la Asociación para los Derechos Humanos Juan Guzmán, al Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) de Ecuador, al Comité de Defensa de Derechos del Pueblo (CODEPU), al Consejo Nacional Aymara, Provincia de Arica, Parinacota, al Consejo de Pueblos Atacameños, al Consejo de Todas las Tierras, al Consejo de Longko del Pikunwijimapu, a la Corporación Mapuche Xeg Xeg, a Cultural Survival, a la Escuela de Derecho Universidad Católica de Temuco, a Jvfken Mapu, Identidad Lafkenche, al Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, a la Universidad de Deusto, del País Vasco, España, al Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales,

al Programa Radial Wixage Anai, a la Red Ciudadana Chile País Multicultural y a la Universidad Católica del Norte.

Por último, agradecemos a todos y todas quienes de una u otra forma colaboraron en el proceso de elaboración de este libro y su publicación. En particular agradecer a Martín Correa por la transcripción de las ponencias de representantes de pueblos indígenas contenidas en este libro, a Paulina Acevedo, por el trabajo de predicción de las mismas ponencias, y a Lola de la Maza y Andrea Rubilar por el trabajo de edición final y diagramación. Agradecemos además a Eduardo Rapimán por facilitar la pintura incluida en la portada del este libro.

Sin el aporte de estas personas y entidades, tanto la realización del Seminario Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en noviembre de 2006, como la publicación de este libro no hubiesen sido posibles.



## PRÓLOGO

Los días 28 y 29 de noviembre del año 2006 el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas organizó y convocó, junto a una serie de organizaciones de pueblos indígenas en Chile e instituciones nacionales e internacionales ligadas a la promoción de los derechos humanos, la diversidad cultural y el medio ambiente, al Seminario Internacional Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, que se realizó en Santiago en el edificio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. El seminario, organizado en ocho mesas temáticas, pretendía dar cuenta de los principales alcances que tiene la globalización para los pueblos indígenas y sus consecuencias en relación con los derechos humanos. Además, se buscaba que el Seminario se convirtiera en un espacio para intercambiar visiones y experiencia sobre Chile, América Latina y otros contextos afectados directamente por los procesos de globalización económica. Se trató asimismo de una instancia para evaluar el estado actual de los derechos humanos y de los derechos indígenas frente a la globalización en curso.

La concurrencia fue masiva; cientos de personas asistieron para escuchar y ser escuchadas. Organizaciones indígenas, académicos, estudiantes, comunidades, líderes, ONG, organismos de cooperación y algunos representantes del Estado, confluyeron en un espacio significativo como es el de una de las representaciones más importantes de las Naciones Unidas para Chile y América Latina. Los debates fueron extensos y muchas veces, por el tiempo y la gran cantidad de público en las mesas, fue imposible abordar la totalidad de los temas en discusión.

El presente libro constituye un esfuerzo por dar a conocer una parte de los debates de aquella reunión. Se trata apenas de una sinopsis del seminario, que recoge algunos de los trabajos más significativos presentados en la ocasión. Nuestra intención inicial fue contar con la totalidad de los trabajos presentados, sin embargo por diversos motivos esto no fue posible. Lo importante es que hemos podido recuperar al menos una parte de dicha discusión para darla a conocer a través de esta publicación. Se trata de más de treinta trabajos que muestran un amplio panorama de la relación entre globalización, derechos humanos y pueblos indígenas en Chile, América Latina y otros contextos como Nueva Zelanda y Canadá. Los trabajos abordan también la perspectiva internacional y las distintas miradas que hoy existen sobre la problemática de la globalización.

Varios de los textos están centrados en temas que atañen directamente a la situación de Chile, en particular de los pueblos del norte como son los *aymara*, *lickanantay*, *collas* y *diaguitas*, afectados por proyectos mineros, disputa de sus derechos de agua y conflictos territoriales con grandes empresas. Asimismo, algunos trabajos recogen la situación particular del pueblo *mapuche* en el sur de Chile y los efectos de la globalización en sus territorios.

Como una manera de introducir el debate de los principales temas del seminario realizamos a continuación una breve reflexión sobre los alcances que tiene la globalización para los derechos humanos y los pueblos indígenas.

### **MUCHAS GLOBALIZACIONES: LOS DERECHOS HUMANOS, LA GLOBALIZACIÓN Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Aunque en los hechos la globalización es mucho más que la expansión global del comercio y las finanzas, el discurso oficial y hegemónico invoca una globalización inspirada en los intercambios económicos, los flujos financieros, la transnacionalización comercial y laboral, desplazando a un segundo plano dimensiones como la cultura, la sociedad, los derechos humanos así como las demandas de los “otros” actores de la globalización. A tal punto ha llegado el predominio de esta visión de la globalización y la instalación hegemónica de sus signos, que hay quienes dicen estar a favor y otros en contra de ella. Algunos,

desde el esencialismo economicista, aspiran a una profundización de la globalización, mientras otros piensan que esta debe ser combatida para reconstruir los antiguos lazos sociales o bien para avanzar en la elaboración de un nuevo contrato social, donde los derechos de las personas, las identidades, los espacios locales y los sujetos sociales constituidos en actores políticos, sean reconocidos en el espacio público y en la arquitectura de la sociedad y la democracia.

De este modo, hoy nos encontramos frente a una globalización con un marcado carácter mercantil y financiero que está penetrando en las más diversas esferas de la sociedad, que intenta construir una nueva legitimidad a partir del rediseño abierto o encubierto de los modelos políticos y sus esquemas de representación. Es una globalización desequilibrante que está influyendo en la naturaleza misma de las decisiones ciudadanas y los derechos de las personas, pues está entregando el poder de decisión a segmentos restringidos de ciudadanos y grupos de poder que controlan el aparato productivo e influyen sobre el poder político impidiendo el desarrollo de las decisiones democráticas y ciudadanas. Es una globalización que afecta el medio ambiente, los recursos naturales y la propiedad de los bienes de las comunidades, que busca acumular y monopolizar los recursos básicos en pro de una expansión ilimitada del comercio y la producción.

Pero como en toda disputa hegemónica, el revés de la trama muestra que la globalización económica está acompañada de una mundialización de la cultura y la sociedad y que frente a los actores dominantes del comercio y las finanzas se alzan los actores del mundo local, los campesinos, los pueblos indígenas, las redes urbanas de pobladores, las organizaciones de comercio justo, los que frente al mercado implacable formulan estrategias emergidas desde la cotidianidad y la acción colectiva, en movimientos basados en las identidades, la memoria y el territorio y que buscan, probablemente, no el fin de la globalización, sino más bien la búsqueda de una visión compartida, justa, fundada en los derechos individuales y colectivos de las personas y en el respeto al medio ambiente y los recursos naturales. Desde este punto de vista la globalización tal vez no sea el problema. Por lo demás ¿se puede estar en contra de algo que está influyendo en casi todos los ámbitos de nuestras vidas, que está en todas partes y en todas las formas posibles? El punto parece estar más bien en quiénes y cómo gobiernan la globalización, en cuáles son los proyectos societales hegemónicos



que emergen con más fuerza en el foro global y cuáles son acallados, excluidos o expulsados.

El problema también parece estar en aquellos que creen que la globalización debe ser una especie de nuevo Leviatán, el Leviatán-mercado, que pasando por sobre el viejo Leviatán-Estado, devore y fagocite a las comunidades locales y a las identidades específicas mediante un mecanismo omnipresente y omnisciente de homogenización y uniformización. Esta pesadilla de un mundo plano y sin diferencias, pero lleno de desigualdades, esconde tras de sí el viejo sueño del progreso y la modernización, la búsqueda de una sociedad “civilizada” y disciplinada que arroja sobre sus hombros todo aquello que la racionalidad instrumental del mercado rechaza, por constituir supuestamente, un sinfín de obstáculos para una modernidad globalizada cada vez más desmemoriada y deshumanizada. Si no ¿cómo se puede entender la contradicción que constituye privatizar el mundo para globalizar el mundo? En efecto, desde la óptica del mercado la globalización se refiere a la apertura del comercio mundial, la liberalización de las finanzas y los aranceles. Significa también la flexibilización del mercado laboral, del salario y del derecho a organizarse. Al mismo tiempo que se refiere a la privatización de aquellos bienes que en el modelo antiguo pertenecían a la nación y al Estado, como el agua y el subsuelo, por ejemplo, así como a la privatización de las decisiones en el marco de sistemas democráticos crecientemente encapsulados y excluyentes.

Y sin embargo el mundo se mueve de las más diversas formas y en los más diversos sentidos. La conciencia globalizada no está solo en quienes buscan someter la vida de las personas a las claves del mercado y la producción, la conciencia globalizada también se encuentra en la visión de quienes creen en un mundo que se debe transformar para dar cabida a todas las visiones posibles, a todas las culturas y formas de convivencia. Se trata de la globalización de la cultura, de los derechos humanos, de la solidaridad y la justicia. Así ha ido quedando en claro, en los diversos foros internacionales y en las conferencias mundiales de las últimas décadas las que han arrojado un conjunto de instrumentos internacionales, las normas jurídicas, los acuerdos y programas que reafirman la búsqueda de un marco regulatorio de respeto a los derechos humanos y a los derechos específicos que se inician con la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al mismo tiempo diversos otros hitos, como la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 1992; la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993; la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de las Naciones Unidas (ONU), conocida como la Conferencia de Copenhague en 1995 o la Conferencia Mundial de Durban (Sudáfrica) contra el racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y formas conexas de intolerancia en 2001, constituyen un reforzamiento al derecho internacional que además se ha ido consolidando en un conjunto de nuevas vertientes como son los derechos indígenas, el derecho a la diversidad cultural, el derecho ambiental y el derecho al desarrollo, la lucha contra la pobreza, la lucha contra las formas contemporáneas de racismo y discriminación, entre otras. En torno a estas instancias se ha ido difundiendo un marco de derechos que promueve la universalización de los derechos humanos y la confirmación de que estos son indivisibles, mutuamente relacionados e interdependientes.

La universalización y globalización de los derechos humanos está estrechamente vinculada a una conciencia internacional movilizadora por distintos actores a lo largo y ancho del planeta. Son los actores sociales, los ciudadanos y también los estados los principales impulsores de que el marco internacional de derechos tenga vigencia y se renueve permanentemente para alcanzar los distintos ámbitos y necesidades de las personas.

La más clara expresión de esta tendencia son los movimientos sociales indígenas como los de América Latina, que han comenzado desde hace algunas décadas a cuestionar la idea de un mundo homogéneo, de un proyecto globalizador que afecta sus vidas, sus recursos y su capacidad de decidir la mejor manera de construir su destino. Los pueblos indígenas de América Latina y Norteamérica, los maoríes de Nueva Zelanda y las diversas minorías étnicas y raciales que habitan en el planeta, son hoy las principales víctimas de la globalización económica a la vez que sus principales críticos. La expansión global de la economía de libre mercado afecta directamente sus formas de vida, sus identidades, así como la propiedad o el uso preferente de sus recursos. La privatización de los recursos naturales para un mercado

global cada vez más demandante de materias primas, tierras y territorios afecta directamente a los pueblos indígenas los que ven vulnerados sus derechos muchas veces precarios. Por eso es que hoy día los pueblos indígenas ven en la globalización uno de sus principales enemigos. La expansión de las prospecciones de hidrocarburos y minerales metálicos, la plantaciones forestales, la expansión de la frontera agrícola, la deforestación de las selvas tropicales, la contaminación y apropiación de las aguas, la privatización de bienes comunales, los proyectos de infraestructura, ponen en peligro a los pueblos indígenas que reciben el impacto directo de la versión hegemónica de la globalización.

No obstante, y como producto de este mismo escenario, el derecho internacional ha tendido a expandir el reconocimiento de derechos específicos de que son titulares los pueblos indígenas. Desde el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pasando por el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, que se discute en el seno de la OEA, hasta la reciente aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, son una demostración de un mayor, aunque complejo, consenso internacional para la promoción y protección de los derechos indígenas. Estos mismos avances se han hecho presentes en un conjunto de países latinoamericanos que han reconocido en sus cartas constitucionales y en sus leyes secundarias una serie de derechos que buscan contestar los avances del mercado. Paradójicamente, varios de los Estados que han reconocido algunos derechos a los pueblos indígenas, permiten y promueven el avance de proyectos y empresas que afectan directamente los derechos indígenas. Esto ocurre sobre todo en los países más globalizados o en aquellos en que el libre mercado está más avanzado, como en Chile, Perú, Brasil o Ecuador, por ejemplo.

De esta manera, como señalan algunos autores de este libro, la globalización no puede ser mirada solo en sus aspectos negativos, en sus amenazas y peligros, también debe ser pensada desde aquellas otras facetas, como es la de una conciencia que revaloriza los derechos humanos, así como desde la construcción de nuevas formas de ciudadanía e integración en la diversidad.

Álvaro Bello M.



## **PRESENTACIONES INTRODUCTORIAS**



***JOSÉ AYLWIN O.***

CODIRECTOR

OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (ODPI)

Como sabemos, los pueblos, las comunidades, y quienes las integramos en todos los rincones del planeta, nos enfrentamos hoy a procesos complejos y contradictorios que afectan nuestras vidas de manera radical.

Por una parte, luego del término de los socialismos reales, se ha impuesto en el mundo una visión del desarrollo que propugna la desregulación de las economías de los llamados “estados nacionales” y la apertura de sus fronteras a los capitales transnacionales, lo que ha dado lugar a una economía mundializada controlada por grandes conglomerados generalmente originados en los países del norte. El predominio de esta visión ha resultado en la imposición del libre mercado, en la disminución del tamaño de los estados, en la privatización de los servicios sociales, así como en la pérdida de la soberanía de los mismos estados a manos de los grupos transnacionales emergentes.

También ha resultado en la creciente concentración de la riqueza en manos de unos pocos, en la destrucción de los ecosistemas a los que están relacionadas las culturas y economías locales, y en la exclusión de grandes sectores sociales de la toma de decisiones en relación a los problemas que les afectan, decisiones que quedan entregadas a entes lejanos y a veces abstractos difícilmente fiscalizables.

Por otro lado, la humanidad sigue avanzando en la construcción de ciertos consensos básicos relativos a los derechos de los individuos y de los pueblos. Es así como a los consensos que en este campo emergieron luego de la Segunda Guerra Mundial –que se plasmaron en la creación



de Naciones Unidas, en la aprobación por esta entidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- se agregan hoy un conjunto de nuevos consensos manifestados en convenciones y lineamientos internacionales referidos a problemáticas emergentes, como la destrucción del medio ambiente, la diversidad cultural, los crímenes de lesa humanidad. A ellos se suman los consensos logrados a través de diversos instrumentos internacionales (convenciones, declaraciones) referidos a los derechos de sectores específicos de la población generalmente marginados, tales como la mujer, los niños, o colectivos a los que históricamente se les ha negado su calidad de tales y se les ha discriminado, como es el caso de los pueblos indígenas.

El primero de estos fenómenos, el de la transnacionalización de la economía, ha sido identificado en forma equívoca como un proceso de globalización, como si tal globalización no hubiera empezado hace miles de años con los imperios, conquistas, misiones, descubrimientos de los que nos habla la historia, o como si no existieran otras dimensiones –culturales, sociales, comunicacionales– de este proceso de mundialización.

La identificación que se hace de la transnacionalización de las economías con la globalización, no es un hecho fortuito como nos explicara Noam Chomsky durante su visita a Chile. Ella ha sido generada por los grupos de poder que niegan las otras dimensiones de la globalización, como la que ha permitido la creación de una jurisdicción supranacional para la protección de los derechos humanos, o la que posibilita que las sociedades civiles se organicen en foros sociales con miras a potenciar sus luchas por sociedades menos excluyentes.

No es casual entonces –como nos señalara Chomsky– que quienes abogan por una globalización alternativa a la del mercado, basada en los derechos humanos y en el control de los pueblos sobre sus recursos naturales y sus culturas, sean llamados paradójicamente grupos antiglobalización.<sup>1</sup>

---

1 Planteamientos realizados por Noam Chomsky en presentación efectuada a líderes *mapuche* y estudiantes universitarios en Temuco el 18 de octubre de 2006.

Pero los defensores de la globalización económica, o neoliberal, hoy imperante en gran parte del planeta, van más allá. Ellos sostienen que a través de esta se expande la democracia en el mundo, se garantiza el respeto de los derechos y libertades fundamentales. Nada más lejos de la realidad. La experiencia nos demuestra que tal globalización, lejos de ser compatible con los derechos humanos como nos señalan los grupos de poder, se opone a ellos, los trasgrede sistemáticamente. Como señala Vandana Shiva, líder ambientalista de la India, este fenómeno “*sitúa los derechos de las empresas por encima de los derechos de los estados y los ciudadanos*”. Como sostiene Shiva “*...la globalización no globaliza los derechos humanos. Lo que hace es globalizar los derechos inhumanos y las injusticias sociales*”<sup>2</sup>.

Las dualidades y contradicciones de la globalización se evidencian de manera clara en el caso de los pueblos indígenas. En efecto, los pueblos indígenas se han convertido en una de las principales víctimas de los procesos de globalización económica, dada la presión que las corporaciones transnacionales ejercen sobre sus territorios ancestrales, ricos en recursos naturales, dadas las condiciones de subordinación política en que estos se encuentran frente a los grupos de poder en los estados en que habitan.

Tal como sostiene en uno de sus informes Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de la ONU para los Derechos Indígenas, “*con demasiada frecuencia, los recursos de los pueblos indígenas (el petróleo, minería, explotación maderera, pesquerías, etc.) se están extrayendo o aprovechando en beneficio de otros intereses, con poco o ningún provecho para las comunidades indígenas que ocupan la tierra*”. En muchos casos, sostiene el mismo Relator, “*se pasan por alto los derechos y las necesidades de los pueblos indígenas, lo que hace que este sea uno de los principales problemas de derechos humanos con que se han enfrentado en los últimos decenios*”<sup>3</sup>.

---

2 Shiva, Vandana, “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, en George, Susan et al., *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004, p 97.

3 Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos). 2002. *Derechos Humanos y cuestiones indígenas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión*, Naciones Unidas, Consejo Económico Social E/CN.4/2002/97 Febrero 4, 2002.

En su informe sobre grandes proyectos de desarrollo y pueblos indígenas, el mismo Relator agrega que, *“las violaciones de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales provocadas por estos proyectos han llevado a los pueblos indígenas a iniciar acciones de protesta o campañas de resistencia para llamar la atención de la opinión pública sobre su situación”*<sup>4</sup>. El mismo Relator ha dado cuenta además, en varios de sus informes de países, que cuando los pueblos indígenas se resisten a estos proyectos de inversión, han sido objeto de procesos de criminalización de sus protestas, como los ocurridos en los casos de México, Colombia y Chile en América Latina.

Paralelamente, sin embargo, y producto de las luchas de los pueblos indígenas en distintas partes del planeta, en los últimos años se han verificado cambios en la legislación internacional y doméstica permitiendo un creciente reconocimiento de estos pueblos y de sus derechos. Un ejemplo de estos cambios está dado por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, convención internacional que reconoce a estos pueblos un conjunto de derechos políticos (participación y autonomía), territoriales (tierra y territorio) y culturales (lenguas, culturas, instituciones propias) de naturaleza colectiva hasta ahora denegados. Dicho Convenio, ratificado a la fecha por 17 estados<sup>5</sup>, ha tenido grandes implicancias, inspirando la reforma de los ordenamientos jurídicos internos de numerosos estados, particularmente en América Latina.

En junio del año 2006 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas<sup>6</sup>. Esta Declaración hace extensivos a los pueblos indígenas un conjunto de derechos de naturaleza colectiva, así como

---

4 Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65\* de la Comisión Naciones Unidas, Consejo Económico Social E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003

5 A la fecha de esta publicación el Convenio N° 169 de la OIT ha sido ratificado por 19 estados, 12 de ellos en América Latina.

6 En septiembre de 2007 la Asamblea General de la ONU adoptó, con el voto favorable de 144 Estados miembros (incluyendo el de Chile), el voto en contra de 4 Estados miembros y 11 abstenciones, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

otros de carácter individual de sus integrantes, ya reconocidos para todos los pueblos y personas por los instrumentos de derechos humanos hoy existentes. Así, reconoce que los indígenas tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a la libre determinación y a la autonomía. Asimismo, como expresión concreta establece el derecho de los pueblos a sus propias instituciones, a controlar su desarrollo, así como al consentimiento libre e informado antes de la aprobación de cualquier proyecto de inversión que afecte sus tierras, territorios y recursos.

En el ámbito americano, si bien sigue en discusión un instrumento específico para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han interpretado de manera evolutiva las convenciones de derechos humanos vigentes reconociendo a los pueblos indígenas no solo los derechos individuales garantizados en ellas, sino también sus derechos de carácter colectivo, como la propiedad comunal de sus tierras y la participación política.

La Comisión y la Corte han considerado como principios generales del derecho internacional aquellos contenidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU, aun cuando esta aún era entonces solo un proyecto de declaración.

Son estos los fenómenos, complejos por cierto, los que hemos querido abordar al convocar a este seminario internacional sobre Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas. Tal como planteamos en su convocatoria, en este seminario pretendemos abrir un espacio de reflexión con la participación de todos los sectores –los estados, los centros académicos, las entidades internacionales, las organizaciones no gubernamentales, el sector privado, y por supuesto, de los propios pueblos interesados– sobre el fenómeno de la globalización en sus distintas dimensiones, así como sobre las implicancias que este está teniendo para los pueblos indígenas y para sus derechos

Se trata de un espacio para analizar los discursos, realidades y experiencias de la globalización económica hoy imperantes en el mundo y en la región latinoamericana, y los impactos que ella está generando en los pueblos indígenas y las comunidades que los integran. Un

espacio que permita el conocimiento y análisis de las alternativas que la globalización de los derechos humanos plantea para la protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional, regional y también en Chile.

Hicimos esta convocatoria como una organización de la sociedad civil, preocupada por la situación de desprotección jurídica y política en que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas en Chile, un país que se autodefine como en la vanguardia de la “globalización” en América Latina.

Conscientes de que se trata de una realidad que preocupa a numerosos actores, en particular a los propios pueblos indígenas, hicimos esta convocatoria junto a sus organizaciones representativas, junto a centros académicos y no gubernamentales de Chile y de otros países, y junto a redes de trabajo que vienen abordando estas materias desde distintas perspectivas. Por lo mismo, varios de los paneles temáticos que se proponen para este seminario han sido propuestos por las propias redes de trabajo aquí presentes, y constituyen su aporte a la reflexión y propuestas de la temática global que se abordan en este evento.

Organizamos el seminario al alero de las Naciones Unidas, representada aquí a través de la Comisión Económica para América Latina y de la Oficina Regional del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Ello no solo dado el mandato y compromiso que estas entidades tienen con la profundización de la democracia y los derechos humanos en la región, sino también haciéndonos eco del llamado que el Relator Especial de la ONU para los Derechos Indígenas hiciera al sistema de la ONU en el informe de su misión a Chile el 2003, instándolo a participar y a colaborar en el desarrollo de un diálogo con todas las partes interesadas con miras a determinar las formas de implementación de sus recomendaciones a objeto de abordar la crítica situación de los derechos de estos pueblos en el país.

Agradecemos sentidamente la acogida que esta convocatoria encontró en ellas y en las numerosas entidades y organizaciones de diversa naturaleza que patrocinaron este evento, haciéndolo posible. Igualmente aquellas que auspiciaron este evento, en particular a la Fundación Ford, a la Fundación Avina y a IWGIA de Dinamarca.



Agradecemos a todos quienes llegaron hasta la sede de la CEPAL en Santiago, desde lugares tan distantes como Aotearoa (Nueva Zelanda), Arizona, Québec, Sarayacu, Bogotá, Quito, La Paz, Arica, Iquique, San Pedro de Atacama, Chusmiza, Huasco Alto, Ralco, Kurarrewé, Chiloé, y tantas otras localidades del continente americano.

Al hacer esta convocatoria no hemos querido suplantar el rol que corresponde a los pueblos indígenas en la lucha por sus derechos amenazados y conculcados por los procesos de globalización económica hoy imperante, sino por el contrario, hacer los aportes que desde la sociedad civil y como profesionales podemos hacer a la socialización, a la reflexión y a la discusión, con los propios pueblos indígenas y con los demás actores involucrados, sobre las problemáticas globales que afectan hoy y amenazan los derechos de todos, pero que impactan con especial fuerza a los pueblos originarios y comunidades locales.

Hicimos esta convocatoria con la esperanza de que espacios como este aporten conocimientos, herramientas, capacidades que permitan a los pueblos indígenas potenciar sus luchas por el reconocimiento de derechos que hasta ahora les han sido negados o que habiéndoles sido reconocidos, no pueden ser ejercidos en la práctica cotidiana, tanto en Chile como en otros países.

La idea de organizar un seminario como este se funda también en la esperanza de que los actores aquí presentes, los centros académicos, las ONG, las entidades internacionales, puedan profundizar los esfuerzos que actualmente desarrollan a favor de la construcción de sociedades respetuosas de la diversidad étnica y cultural, en la que los pueblos indígenas sean reconocidos y respetados en su dignidad y derechos, y en la que se abran espacios para las otras dimensiones de la globalización hasta ahora aplacadas.

Nuestra esperanza es que el Seminario sea una experiencia enriquecedora para todos y todas, que el intercambio de ideas y experiencias que aquí ocurra dé luces a los caminos que se deben seguir para alcanzar los objetivos de justicia que todos anhelamos.

*MARTA MAURÁS,*  
SECRETARIA DE LA COMISIÓN, CEPAL

Respondiendo al título del Seminario Internacional que nos convoca, cabe pensar que en estos últimos años lo que más se ha globalizado es, probablemente, la palabra “globalización”. En los medios de comunicación, los foros, la academia, la política y la conversación cotidiana, la palabra cruza fronteras, se torna omnipresente, y se usa para explicar fenómenos cada vez más diversos.

La globalización se manifiesta de múltiples formas, afectando radicalmente la soberanía de los estados nacionales, la autodeterminación de los pueblos, la vida de muchas comunidades locales y de los individuos que las componen. Abre oportunidades de comunicación y desarrollo y, al mismo tiempo, genera nuevos riesgos de exclusión y fragmentación. Hay globalización productiva, comercial y financiera, como hay también globalización de la comunicación y de la información. Ellas traen consigo una inédita apertura de fronteras, un acercamiento de lo distante y una creciente simultaneidad en intercambio planetario. Lo que antes ocurría pausadamente, hoy lo hace a vertiginosa velocidad. Precipitada por transformaciones políticas e institucionales, de la división del trabajo y de las tecnologías de información a distancia, la globalización reorganiza las formas de relacionarse, de ejercer poder y ciudadanía, de producir y consumir, de organizar el tiempo y percibir la distancia.

Las sociedades se fragmentan porque distintos grupos se incorporan en distintas condiciones al concierto global, pero a la vez se enriquecen con la diversidad. Convive la concentración del ingreso y la segmentación

en capacidades productivas, con nuevos movimientos sociales y de autoafirmación cultural con base en las sociedades nacionales y más allá de ellas. En la política, asistimos a la tensión entre la estandarización de las fórmulas de inserción global y la esperanza nunca resignada de idear proyectos propios de futuro para la sociedad nacional y para los pueblos que la integran. En la economía se da la tensión entre una racionalidad competitiva cada vez mayor para acceder con ventajas a la globalización, y la necesidad de una solidaridad extendida que contrapesa estos efectos concentradores. Todo se expresa, pues, con la marca de la doble cara.

Entre las dimensiones de la globalización que merecen rescatarse está, sin duda, la de los derechos humanos. Ello se ha materializado a través de la progresiva construcción de un ordenamiento jurídico de carácter internacional, basado en importantes consensos que hoy se abren paso en la comunidad mundial. Aunque la universalidad en la suscripción y aplicación de tales derechos no va al ritmo que muchos quisiéramos, cabe reconocer que proliferan convenciones, declaraciones, directrices, y junto a ellas instancias, ya sea en el ámbito de las Naciones Unidas como en la esfera de las distintas regiones del planeta, que otorgan creciente protección a un conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de carácter individual. Y, de manera incipiente, a derechos de carácter colectivo correspondientes a grupos y/o a los pueblos.

Una expresión de esta dinámica es la referida a los pueblos indígenas, cuyos derechos, inicialmente desconocidos por los instrumentos de derechos humanos emergentes en la segunda mitad del siglo XX, han sido progresivamente acogidos en las últimas décadas tanto a nivel internacional como interno de los estados. Tales progresos tienen como principal causa el trabajo de los propios pueblos y movimientos indígenas. Su emergencia como actores políticos es uno de los fenómenos más notables ocurridos en la región y en el mundo. A través de sus organizaciones y acciones, estos pueblos lograron poner en el centro del debate público sus reclamos de reconocimiento como colectivos diferenciados –pueblos–, exigiendo nuevos estatutos que garanticen su existencia y sus derechos. En esto ha contribuido también una de las bondades de la globalización, a saber, la posibilidad de comunicarse y hacerse visible en el mundo mediante las nuevas redes electrónicas.

En América Latina hay más de 650 pueblos indígenas reconocidos por los estados, que a su vez presentan una diversidad de realidades territoriales y demográficas, y poseen diferentes estatus sociopolíticos dentro de los países donde se asientan. El común denominador negativo es el avasallamiento histórico al que fueron sometidos, y la persistencia de distintas formas de discriminación que les afecta todavía, y que se expresa en el hecho de que estos pueblos sufren con mayor intensidad que el resto de la población condiciones de marginalidad territorial, exclusión socioeconómica y falta de acceso a instancias de poder político. El denominador positivo es, sin duda, la capacidad de los pueblos para mantener y recrear identidades colectivas y culturales, resistir y adaptar la fuerza homogeneizadora de las culturas dominantes, y colocar en el centro del debate global el rescate de la diversidad.

En este sentido, avanzar en la plena titularidad de derechos de los pueblos indígenas implica conjugar dos grandes desafíos: mayor igualdad en el acceso al bienestar y a los beneficios del desarrollo económico y social, y el mayor reconocimiento político y cultural como actores específicos y diferenciados. La combinación de ambos desafíos permitiría hacer efectivos tanto los anhelos de autodeterminación largamente postergados, como también el mayor acceso de los pueblos indígenas, en tanto actores nacionales, a la deliberación política en que se asignan recursos y se definen políticas que inciden en el destino de nuestras sociedades.

En tal marco, las normas internacionales básicas, relativas a derechos colectivos de los pueblos indígenas, pueden encuadrarse dentro de las siguientes categorías que han ido cobrando cuerpo en acuerdos vinculantes: derecho de no discriminación; derecho a integridad cultural; derechos de propiedad, uso, control y acceso a las tierras y recursos; derecho al desarrollo y bienestar social; derechos de participación política, consentimiento libre, previo e informado. Todo esto bajo el principio fundamental del derecho a la autodeterminación. Y frente a este nuevo estándar de derechos humanos relativo a los pueblos indígenas, el mayor desafío para la comunidad internacional, los estados y los pueblos es hoy la implementación y cumplimiento de esos estándares en las normas, jurisprudencia y políticas internas de los países, tal como lo enfatizó el Relator Especial de Naciones Unidas en la materia.

Desde nuestra perspectiva en la CEPAL, todo lo anterior supone complementar al menos tres enfoques de intervención que hemos planteado en distintas instancias.

Un primer enfoque de políticas privilegia la dimensión de la equidad social y de la lucha contra la pobreza y la exclusión, y apunta a ampliar esferas de prestaciones sociales y de formación de capacidades hacia los pueblos indígenas. Ámbitos como el empleo, la educación, la salud y los ingresos hacen parte de este conjunto de políticas. En este marco, también, las políticas de acción afirmativa van orientadas a reparar desventajas acumuladas a fin de “nivelar el campo de juego” en el terreno del reparto de recursos y activos en la sociedad.

Un segundo enfoque parte del hecho de la constitución de los pueblos indígenas como sujetos de derecho y actores políticos, tanto en el ámbito internacional como local. Por lo mismo, se pone el énfasis en reformas que apuntan a expandir la ciudadanía no solo en la dimensión de derechos civiles, sociales y políticos, sino como promoción del derecho de autodeterminación. Un ejemplo de ello es el espacio que van ganando las demandas de los propios pueblos indígenas: el que se respeten sus derechos colectivos y su visión del derecho basado en el uso consuetudinario.

Un tercer enfoque enfatiza la importancia de la visibilidad e incorporación de la cultura de los pueblos indígenas en la búsqueda de proyectos de sociedad que se enriquezcan con la diversidad de visiones de mundo. En el umbral del nuevo milenio, los pueblos indígenas no solo llegan con su memorial de reparaciones por agravios del pasado, sino también con su aporte de identidad, cosmovisiones, raíces y humanidad originaria para enfrentar los desafíos del porvenir de América Latina.

Quisiera concluir afirmando que las resistencias y contiendas indígenas para enfrentar las duras realidades de la pobreza han corrido un doble velo. Por un lado, han hecho visible las inequidades étnicas y por otro han puesto al centro a los derechos humanos como marco de evaluación de las brechas. Al mostrar que la cuestión indígena es esencialmente un asunto de justicia, desplazando los enfoques basados en las necesidades que conciben a las personas como objetos de prestaciones antes que como sujetos de derecho, la lucha por los derechos de los pueblos



indígenas coloca el tema de la lucha contra la pobreza en el marco de la defensa de la dignidad humana.

De allí que hablar de derechos humanos y pueblos indígenas es poner juntas las dos caras de la moneda de la justicia: la de igualdad en el trato, por un lado, y el respeto de la diferencia y la identidad, por el otro. Mientras más avancemos en poner juntos los derechos humanos y los pueblos indígenas en el actual escenario de la globalización, más armonizamos estas dos caras. Este es el desafío que nos convoca.

Muchas gracias.

***ROSA RAMOS,***  
VICEPRESIDENTA DEL CONSEJO DE PUEBLOS ATACAMEÑOS

*Alabalti, alabalti.* Muy buenos días. Yo represento a la etnia Likan Antay, que está ubicada en la Región de Antofagasta en Chile, en la cordillera de los Andes. El Consejo representa a 26 comunidades que están dispersas en el desierto de Atacama.

Los pueblos indígenas están hoy atravesando por un momento de fuertes presiones, tanto por su reconocimiento como por su negación. Los indígenas urbanos no acceden igualitariamente a salud, educación y vivienda, en forma culturalmente pertinente, y en las comunidades rurales están las mismas injusticias, pero se suman las asociadas a la falta de implementación de nuestros derechos a la tierra, al territorio y a los recursos.

El caso del norte, de donde vengo, es particularmente penoso. El Estado lleva más de diez años de retraso en el saneamiento de la propiedad de los indígenas sobre sus tierras individuales, comunitarias y patrimoniales.

Yo vengo de la comunidad de Machuca. Tenemos un título que identifica nuestras tierras con toda su precisión desde el principio del siglo XX. En diez años el Ministerio de Bienes Nacionales no ha podido solucionar la situación. Resultado: nuestras tierras, territorios y recursos están en total indefensión frente al embate de la globalización. Los derechos han sido reconocidos en el papel, pero esto ha hecho aún más dolorosa su negación en los hechos. En efecto, el estado chileno nos ha discriminado, a nosotros nos ha negado la propiedad que la Ley exige salvaguardar, pero a las empresas mineras, a las exploradoras

de aguas, a las geotérmicas, a las constructoras y a las concesiones científicas, a todos ellos el Ministerio de Bienes Nacionales les ha ido entregando títulos, concesiones y permisos expeditamente sobre las mismas tierras cuya propiedad hemos reclamado con anterioridad. Esto es atentatorio a nuestros derechos como pueblo y como personas, se nos sigue despojando de los recursos de los cuales somos parte, de nuestra vida y la cultura, y del agua, que es lo que más nos afecta.

El gobierno dice que si no ha querido extender los títulos de dominio, es porque esto le pondría un freno al desarrollo de Chile. Hoy vemos que el desarrollo es para algunos pocos, y a nosotros nos deja en la muerte, la contaminación y la sequía.

Las intervenciones políticas adecuadas por lo general permiten revertir la degradación de los ecosistemas y aumentar el aporte de estos al bienestar humano. Si no nos han querido titular las tierras es porque saben que cuidaremos el acceso al agua de una manera diferente, y no como se ha hecho hasta ahora, regalándola, en la práctica, a grupos transnacionales.

Hoy se secan nuestras vegas, nuestros campos de pastoreo y nuestros salares. Peor, el Estado está dispuesto a matar a nuestros abuelos que lloran el Tatio, para explorarlo como fuente de energía geotérmica. En el Tatio es donde nacen las aguas del río Loa, el más largo de Chile, y también el río San Pedro, que forma parte de una cuenca única por su belleza, que nosotros como comunidades potenciamos con el turismo y nos permite llevar adelante un desarrollo más sustentable que el que nos ofrece la minería. El Tatio es el tercer campo geotérmico del mundo y el más grande del Cono Sur. Hoy, la ignorancia y el afán de lucro de las autoridades, lo están poniendo en peligro cierto de extinción.

Consideramos que este seminario debiera servir para unir a los pueblos indígenas, para que podamos lograr que la globalización de los derechos humanos sirva de fuerza y que pueda reorientar el proceso de la globalización hacia una mayor justicia territorial.

Por último, hago un llamado a las autoridades chilenas para que cumplan con el compromiso de apoyar la Declaración Internacional de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU; para que después de diez años de promesas incumplidas el gobierno de la Concertación

ratifique el Convenio 169 de la OIT; y finalmente, el reconocimiento constitucional de nuestros pueblos indígenas en el seno de la gran nación chilena.

Para un reconocimiento se debe comenzar reconociendo el valor cultural de la *Patahoiri*, Madre Tierra, y respetando nuestros cerros tutelares, los recursos hídricos, las tierras de uso económico para los atacameños, el pastoreo, la agricultura y la recolección de frutos.

Con el reconocimiento se fortalecerían nuestros derechos colectivos, y tal vez se contribuiría a atajar el ecocidio y la depredación que acaba con nuestras vidas y culturas en beneficio de los menos.

Este es un sentimiento que representa a la cultura Likan Antay y doy las gracias por la oportunidad de exponer sobre ello.

Muchas gracias.





## **PRIMERA PARTE**

### **CONTEXTO INTERNACIONAL**

#### **Y EXPERIENCIAS COMPARADAS**



## LA GLOBALIZACIÓN, EL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

*JAMES ANAYA<sup>1</sup>*

Cuando hablamos de los efectos de la globalización sobre los pueblos indígenas, creo que hay que señalar que estos efectos son de carácter tanto positivo como negativo. Por un lado, los múltiples problemas que afrontan los pueblos indígenas son resultado de una serie de procesos políticos, económicos y sociales que tienen una dimensión global. Por otro, para confrontar estos problemas los mismos pueblos indígenas han elaborado estrategias que incluyen su integración en redes de derechos humanos que trascienden las fronteras estatales. En esta exposición quisiera enfocarme en la interrelación de estos dos aspectos de la globalización, señalando cómo el discurso globalizado de los derechos humanos ha funcionado para retar las pautas transnacionales de encuentro humano que han oprimido a los pueblos indígenas. Además, intentaré mostrar cómo los pueblos indígenas, al utilizar el discurso globalizado de derechos humanos, no solo han fomentado una dinámica que ha traído consigo una mejor defensa de sus propios intereses, sino que también ha inducido cambios en el ordenamiento jurídico que regula, o que pretende regular, a la comunidad internacional en su conjunto; me refiero a cambios yacientes en la propia estructuración de lo que denominamos el derecho internacional.

---

<sup>1</sup> Profesor del Indigenous Peoples Law & Policy Program, Rogers College of Law, University of Arizona (Estados Unidos).

## **LA GLOBALIZACIÓN, LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL**

En su sentido amplio, la globalización es el movimiento –de imágenes, bienes e ideas– a través de las fronteras de los estados y, de paso, también a través de los océanos y las montañas. Así entendida, la globalización no es ni inherentemente buena, ni inherentemente mala. Sencillamente es un hecho. La globalización tampoco supone un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad. La novedad reside en el hecho de que la tecnología ha acelerado de sobremanera el ritmo de la globalización y ha acercado más a los habitantes de los distintos puntos del planeta, para bien o para mal. Demandarse si la globalización es buena o mala, es lo mismo que preguntarse si la tecnología que la impulsa es en sí buena o mala. En ambos casos, depende de las fuerzas y de los valores que traen aparejadas.

Sin embargo, es de sobra conocido que la globalización representa en la práctica un instrumento en manos de fuerzas poderosas que valoran el libre flujo de capital y su acumulación sobre todas las cosas. En gran medida, las instituciones de la globalización están ligadas a una filosofía de liberalización del comercio internacional que permite en términos económicos a los más poderosos del mundo mejorar su posición de privilegio, la mayoría de las veces a expensas de los menos privilegiados. Junto al crecimiento de la desigualdad en la distribución de la riqueza, la globalización ha traído consigo la imposición de las preferencias e iconografía propias de la cultura occidental a expensas de la diversidad cultural. Seguramente durante esta conferencia se expondrá más acerca de cómo, tanto en el pasado como en la actualidad, los pueblos indígenas han sido víctimas de las consecuencias adversas de la globalización.

Pero hay que reconocer que la globalización no solo ha traído efectos negativos sobre los pueblos indígenas. Tal y como nos muestran las experiencias transnacionales de los pueblos indígenas en los últimos tiempos, existe otra dimensión de la globalización, que también cuenta con sus propios antecedentes históricos. Se trata de una dimensión que cuestiona el poder y la autoridad desde perspectivas que trascienden las fronteras estatales y que de hecho globaliza un mismo discurso ético y moral.

Entre los que estudiamos el derecho y las relaciones internacionales, son de conocimiento común los antecedentes históricos y la evolución moderna de este discurso globalizado hacia un código moral y jurídico transnacional que ahora denominamos “derechos humanos”. La tecnología y las instituciones internacionales están siendo utilizadas también por fuerzas que representan a un amplio espectro de la humanidad y que impulsan agendas de derechos. De este modo, los derechos humanos se globalizan a través de una red transnacional de actores e instituciones, que operan en un marco específico de normas internacionales.

Los pueblos indígenas de la época contemporánea han sabido apropiarse del discurso e instituciones globales de derechos humanos y, al hacerlo, han contribuido con sus propias perspectivas a la conformación tanto del discurso de los derechos humanos como del mismo sistema jurídico e institucional internacional. Como consecuencia, el sistema internacional cuenta ahora con una serie de normas concernientes específicamente a los pueblos indígenas y derivadas de los principios generales de derechos humanos, como se manifiesta claramente en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Y este régimen internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas va ampliándose, como vemos en las discusiones actuales en la Asamblea General de la ONU acerca de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, se han incorporado en la esfera internacional instituciones y programas dedicados específicamente a los pueblos indígenas, como por ejemplo el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas y el nombramiento por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del Relator Especial sobre “la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.” Por el momento Relator Especial sobre pueblos indígenas y otros mecanismos temáticos de la ONU dentro del ámbito de derechos humanos siguen sus funciones bajo la autoridad del Consejo de Derechos Humanos, que recientemente reemplazó a la Comisión. Está programado para esta conferencia estudiar el impacto que ha tenido el Relator Especial sobre pueblos indígenas en el caso particular de los pueblos indígenas de Chile.

A través de las distintas corrientes impulsadas por la globalización, los pueblos indígenas han conseguido propiciar transformaciones que van más allá de sus propios intereses y problemas. Aunque a veces

no se tome en cuenta, los pueblos indígenas se han convertido en un factor principal en una serie de dinámicas que han generado, y están generando, cambios fundamentales en el sistema internacional. Y se trata de cambios que tienen implicaciones que van más allá del contexto específico de los pueblos indígenas.

### **LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA REFORMA DEL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL**

En lo que resta de esta exposición identificaré cuatro ámbitos en el que los pueblos indígenas están contribuyendo a generar cambios fundamentales en el derecho internacional y, en particular, en el discurso global de los derechos humanos.

#### **La transición hacia los derechos colectivos**

En primer lugar, con respecto a los derechos colectivos. La defensa de los derechos de los pueblos indígenas ha servido para que el sistema internacional de derechos humanos dé una respuesta a la cuestión tan debatida de si existen o no los derechos colectivos. La respuesta es, hoy por hoy, afirmativa.

Históricamente, el derecho internacional se desarrolló en relación únicamente a los derechos y deberes de los estados independientes. Después de la II Guerra Mundial, y con el apoyo de las Naciones Unidas, el derecho internacional evolucionó de forma significativa al hacer suyo los principios y reglas de los derechos humanos. Se desarrolló así un régimen de derechos humanos que hasta fechas muy recientes se interesaba exclusivamente de los derechos de los individuos frente al estado, sin prestar demasiada atención a las dimensiones colectivas y asociativas de la existencia humana fuera del estado.

Los pueblos indígenas han contribuido a crear un nuevo entendimiento dentro del régimen internacional de derechos humanos, llevándolo a la aceptación de la idea de derechos colectivos. Superando la dicotomía de derechos y deberes de estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos o de grupo. En sus múltiples intervenciones orales



y escritas ante las instancias internacionales, los líderes y ancianos indígenas han ofrecido explicaciones sobre la naturaleza colectiva de sus derechos, y estas explicaciones han ejercido una gran influencia sobre las dinámicas internacionales relevantes. De hecho, todo un tratado internacional –el Convenio 169 mencionado anteriormente– incorpora un conjunto de derechos que pertenecen a los “pueblos indígenas” en cuanto tales, y no únicamente derechos predicables de los individuos indígenas. Si bien en el Convenio se introduce una salvedad sobre el uso del término “pueblos” en el sentido de evadir las implicaciones del término en relación con el derecho a la autodeterminación, de ninguna manera se afecta a la naturaleza colectiva de los derechos reconocidos en el instrumento. Por otra parte, los derechos humanos colectivos se articulan en los proyectos de declaración de los derechos de los pueblos indígenas en curso de elaboración, tanto en Naciones Unidas como en la Organización de Estados Americanos.

También resulta relevante a este respecto la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) de la ONU, cada uno de los cuales ha hecho referencia a los “pueblos” o “poblaciones indígenas” como depositarios o beneficiarios de derechos. Por su parte, las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en los últimos años han llegado a afirmar en varios casos la dimensión colectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, especialmente con relación a tierras, recursos naturales, procesos políticos y sistemas normativos.

### **La evolución del principio de soberanía estatal**

Una segunda vía a través de la cual los pueblos indígenas han generado cambios en el derecho internacional tiene que ver con el concepto de soberanía estatal, precisamente una de las doctrinas más asentadas del derecho internacional. La doctrina de la soberanía ha servido tradicionalmente a los estados de escudo en contra de la intervención exterior en asuntos que se consideraban de interés exclusivamente doméstico. Pero en las últimas décadas la doctrina de la soberanía estatal ha evolucionado hacia un principio no absoluto, más ajustado a una jurisdicción internacional. Esta evolución se atribuye sustancialmente al efecto del sistema internacional de derechos humanos desarrollado

a partir de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, que impone limitaciones externas al ejercicio de la autoridad estatal en el ámbito interno, normalmente a favor del individuo. Las demandas de los pueblos indígenas, que se articulan precisamente a través del régimen internacional de derechos humanos, han contribuido a una alteración radical de la norma de soberanía estatal que va más allá de los efectos provocados por la internacionalización de los derechos individuales. Las demandas de los pueblos indígenas de autonomía y derechos colectivos incluyen, por ejemplo, demandas de control sobre tierras y recursos, aspectos que tradicionalmente se consideraban dentro de la esfera de interés económico exclusivo de los estados en virtud del principio de soberanía sobre los recursos.

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cuestiona pues algunos aspectos fundamentales del modelo de primacía y exclusividad de la autoridad estatal, de forma más contundente que el sistema clásico de derechos individuales. Como hemos visto, se han desarrollado y están desarrollándose una serie de normas que reconocen los derechos colectivos en aspectos significativos de la existencia de los pueblos indígenas, como es el caso del Convenio 169 de la OIT y los proyectos de declaración de Naciones Unidas y de la OEA. Asimismo, el debilitamiento del escudo de la soberanía estatal se pone de manifiesto de forma evidente en casos recientes presentados ante los organismos competentes de Naciones Unidas y la OEA, en el que los estados han sido cuestionados acerca de sus programas de explotación de los recursos naturales y sus regímenes de administración de la tierra en relación con las tierras comunales indígenas. Lo que estos casos demuestran, no es tanto que el principio de soberanía estatal ya no existe en el derecho internacional, sino que es un principio que ahora se acomoda a la protección de los derechos humanos.

### **La evolución de la norma de autodeterminación**

El tercer ámbito en el que la discusión relativa a los derechos de los pueblos indígenas ha traído consigo cambios de efecto global está relacionado con el concepto de autodeterminación (recogido en varios instrumentos internacionales como la libre determinación). De hecho, el planteamiento de los derechos indígenas dentro del marco de la autodeterminación enfatiza el carácter colectivo de estos derechos y el

reto que presentan para la doctrina de soberanía estatal en su formulación clásica. La autodeterminación se reconoce como un principio en la Carta de las Naciones Unidas y como un derecho perteneciente a “todos los pueblos” en los pactos internacionales de derechos humanos. Muchos esfuerzos teóricos se han dedicado a intentar explicar el significado del derecho de todos los pueblos a la autodeterminación en el contexto de un ordenamiento jurídico internacional que, por principio, defiende la soberanía, la integridad territorial y la unidad política de los estados. En su sentido pleno, la autodeterminación en el pasado ha sido entendida comúnmente como un derecho a formar un estado independiente. En consecuencia, hasta recientemente los estudios se han enfocado por lo general en identificar una lista limitada de grupos que tienen derecho a convertirse en estados independientes si así lo desean, una lista que en la mayoría de los casos no incluía a los pueblos indígenas.

Una premisa implícita en este tipo de perspectiva es que el estado constituye la forma más elevada de autodeterminación para las comunidades culturales o nacionales. Esta premisa puede ser cuestionada por supuesto, aunque solo sea por los drásticos cambios que se han producido en las últimas décadas en la idea y práctica del estado, y que han llevado a una disminución creciente de su importancia en relación a otras esferas de afiliación y autoridad, tanto locales como transnacionales.

A través de sus demandas en el nivel internacional, los pueblos indígenas han logrado erosionar la premisa de que el estado representa la forma superior y más justa de asociación humana, y han logrado un reconocimiento cada vez mayor en el ámbito internacional de que son por sí mismos pueblos con el derecho a la autodeterminación. Esto se manifiesta explícitamente en el art. 3 del Proyecto de Declaración bajo discusión actualmente por la Asamblea General de la ONU, que afirma que “todos los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación”. Los pueblos indígenas han ayudado a forjar un pensamiento jurídico internacional que percibe la autodeterminación no solo en términos de estructuras estatales, sino también en términos de las diversas identidades culturales y estructuras sociales y políticas coexistentes. Bajo este pensamiento, la autodeterminación no implica un estado independiente para cada pueblo, ni tampoco implica que los grupos sin estado solo tengan recurso a los derechos individuales de sus miembros. Más bien, los pueblos como tales, incluso los pueblos

indígenas con sus propias estructuras políticas y sociales, han de participar plena e igualmente en la construcción y funcionamiento de todas las instituciones de gobierno bajo las que viven a todo nivel. Los pueblos indígenas son considerados, y así se ven a sí mismos la mayoría de ellos, como comunidades políticas diferentes pero no inferiores a los estados. Dentro de este modelo, la autodeterminación se consigue no solo con la creación de un estado independiente, sino a través del desarrollo consensuado de mecanismos diseñados específicamente para cada contexto, y que reconocen a los pueblos indígenas tanto derechos de autonomía acorde con sus propias pautas culturales, como derechos de participación en los procesos políticos de los estados en los que viven.

### **El papel de los actores no estatales**

El último asunto en el que puede percibirse la influencia indígena se refiere al papel de los actores no estatales en los procesos jurídicos y políticos internacionales. Existe una clara tendencia a que los actores no estatales cobren un papel cada vez más importante en los procesos relevantes de toma de decisión dentro de los mecanismos tanto formales como informales del sistema internacional. Esta tendencia ha llevado necesariamente a una evolución de nuestros conceptos del derecho internacional hacia un modelo menos estatocéntrico, tal y como han puesto autores destacados como Rosalyn Higgins, Jueza de la Corte Internacional de Justicia.

Los pueblos indígenas se cuentan entre los actores que mejor han conseguido aprovechar los espacios abiertos en el sistema internacional y crear nuevos espacios para participar e influir en los procesos de toma de decisiones en este sistema, procesos cuya importancia va además en aumento. Durante más de dos décadas, los representantes de los pueblos indígenas han comparecido ante los órganos de derechos humanos de la ONU, y esta participación es cada vez mayor y cada vez más significativa. El acceso de los pueblos indígenas a estos órganos se acrecienta en la medida en que muchas organizaciones representativas de pueblos indígenas han conseguido un estatuto consultivo oficial frente los órganos de derechos humanos de la ONU. En respuesta específica a los esfuerzos de los pueblos indígenas, se han desarrollado nuevas instituciones y programas que permiten a estos pueblos un

acceso sin precedentes al sistema internacional. Algunas de las vías de acceso más conocidas son el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas y el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas. Los pueblos indígenas y sus organizaciones tienen acceso directo a estos órganos, y comparecen ante ellos en sus sesiones públicas para hacer intervenciones orales o escritas. Asimismo, ocho de los dieciséis miembros del Foro Permanente son nombrados por el Presidente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ECOSOC, en consulta con los pueblos indígenas, y todos ellos son precisamente de origen indígena. Los esfuerzos de los pueblos indígenas para conseguir acceso al sistema internacional son especialmente relevantes al menos en dos aspectos. En primer lugar, a pesar de que no hablan desde una posición de influencia política, los pueblos indígenas han tenido éxito en el uso del lenguaje y los métodos de los derechos humanos para impulsar sus propias demandas. Basando estas demandas en principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos indígenas han aprovechado las vías de acceso al sistema internacional para articular una visión de ellos mismos distinta del estereotipo dominante, y han tenido una enorme influencia en la definición de la agenda internacional que ha surgido como respuesta a sus demandas. En un período relativamente corto de tiempo, estos pueblos han conseguido transformar la posición generalizada a favor de una norma de asimilación y sustituirla por una norma de respeto a las culturas e identidades colectivas indígenas. Aunque esta transición no ha progresado lo suficiente como para satisfacer a todos los grupos indígenas, y a pesar de que su puesta en práctica ha sido lenta, el cambio que se ha producido en el discurso colectivo e individual de los estados y otros actores es claramente perceptible, y se manifiesta en muchas de las normas a las que ya nos hemos referido.

En segundo lugar, es posible afirmar que existe una tendencia a reconocer a los pueblos indígenas un estatuto particular o *sui generis* entre los actores no estatales dentro del ámbito internacional, un estatuto del que se deriva además un nivel reforzado de participación. Los pueblos indígenas no son iguales a las organizaciones no gubernamentales ordinarias (ONG) en el sentido de que se trata solo de grupos organizados sobre intereses particulares. Más bien, los pueblos indígenas son por definición sociedades que existen desde antiguo, con culturas bien enraizadas en la historia y con instituciones políticas y sociales bien diferenciadas. Desde esta perspectiva, los pueblos

indígenas han reivindicado una presencia de pleno derecho en el ámbito internacional, y no solo como representantes de un segmento de la denominada sociedad civil. Como ya hemos visto, el resultado de estas reivindicaciones ha sido el surgimiento de mecanismos extraordinarios en Naciones Unidas y en otras instituciones internacionales, que permiten a los pueblos indígenas expresar sus preocupaciones e intereses, y participar en las discusiones relativas a asuntos que les afectan. Los pueblos indígenas tienen un carácter singular en relación a otros actores, pero, al mismo tiempo, su presencia e influencia en el sistema internacional suponen un importante avance para hacer de este un sistema menos estatocéntrico y más enfocado en los seres humanos en las múltiples manifestaciones de su experiencia.

## CONCLUSIÓN

En conclusión, lo que he pretendido hacer con mi intervención es poner en entredicho una imagen exclusivamente negativa de la relación entre la globalización y los pueblos indígenas. Si bien la globalización en la era contemporánea ha traído consigo nuevas amenazas a la supervivencia económica y cultural de los pueblos indígenas, les ha permitido también convertirse en actores y ganar espacios de influencia impensables hace solo unas pocas décadas. Apoyada en un discurso globalizado de los derechos humanos, la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional ha generado efectos cada vez más patentes en este sistema. Si al inicio de la Edad Moderna algunos juristas europeos supieron cuestionar las bases normativas del encuentro entre los imperios europeos y los pueblos indígenas, ahora son estos mismos pueblos los que cuestionan los principios sobre los que se asienta el derecho internacional resultante de siglos de exclusión. La entrada de los derechos indígenas como sujetos de la globalización ha cuestionado principios bien asentados en el derecho internacional contemporáneo, en cuestiones tales como el reconocimiento de los derechos colectivos, el contenido de la soberanía estatal, la teoría y práctica de la autodeterminación, y el papel de los actores no estatales. Un cuestionamiento que tiene además el efecto fundamental de erosionar la idea firmemente asentada de que el estado es la única forma o la forma principal de concentrar el poder y representar a las comunidades humanas.

Afirmándose a sí mismos como actores, y no meramente como víctimas en la esfera internacional, los pueblos indígenas han logrado impulsar un marco normativo que les sirva de salvaguarda frente a las fuerzas de la globalización que tanto en el pasado como el presente han irrumpido en sus vidas. Y, al hacerlo, los pueblos indígenas están ayudando a producir cambios en el orden jurídico internacional, cambios que pueden conducir, y no solo a los pueblos indígenas, sino a todos los pueblos, a un mundo más justo y más humano.

## LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS CONTRADICCIONES DE LA GLOBALIZACIÓN

*ÁLVARO BELLO M.<sup>1</sup>*

### INTRODUCCIÓN

La demanda por el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas está estrechamente ligada a los procesos de globalización en al menos dos sentidos o direcciones. Por una parte, la globalización económica afecta directamente los derechos, recursos y condiciones de vida de amplios sectores de la humanidad dentro de los cuales se encuentran los pueblos indígenas, los que además, debido a su exclusión histórica, ingresan a la globalización en condiciones desventajosas y claramente negativas. La globalización en este sentido viene a debilitar los escasos avances registrados a lo largo del último siglo en cuanto a los derechos que estos grupos exigen hoy como pueblo. La dinámica económica de la globalización tiende a favorecer a los actores que poseen el poder político y económico para proponer los términos del intercambio neoliberal, donde amplios sectores son marginados o incluidos de manera subordinada. La conciencia étnica, sin embargo, ha buscado los modos de representar su descontento con las condiciones actuales de la globalización económica y sus implicancias políticas en la medida que ha percibido dichos procesos como contrarios a sus intereses y demandas.

---

1 Dr. en Antropología, Universidad Católica de Temuco.



Paralelamente y de manera un poco paradójica, la globalización se ha convertido en el principal espacio para la difusión de los derechos de los pueblos indígenas, así como de los derechos humanos en general. En la medida que la globalización ha hecho evidente las desigualdades y los desequilibrios sociales, políticos y económicos, ha surgido una preocupación internacional de diferentes sectores, organizaciones y organismos internacionales que buscan contrapesar la balanza del poder globalizador a favor de quienes sufren sus consecuencias negativas. Al mismo tiempo, la difusión de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y el desplazamiento de la cultura hacia el ámbito de la política y la economía plantean un nuevo escenario que favorece la construcción de discursos y acciones que van a la búsqueda de los nuevos significados del ser indígena. Por lo tanto, la conciencia indígena actual y las identidades reconstruidas son fruto de la globalización y están sustentadas en la revalorización del pasado y en la reconstrucción de los símbolos de una pertenencia colectiva que aboga por derechos específicos dentro de un contexto de reorganización del estado y de predominio creciente del mercado en todas las esferas de la vida social. Se trata por tanto de una lucha moderna pues encadena los procesos actuales a la tradición y los reformula para buscar nuevos espacios de poder, participación y reconocimiento en el marco de una nueva comunidad política constituida sobre las tensiones que provocan la desigualdad y la exclusión generadas por el neoliberalismo.

En este documento analizamos las consecuencias de la globalización en relación a los derechos de los pueblos indígenas en Chile y otros contextos. Nos interesa sobre todo plantear de qué manera se entrecruzan, dialogan o entran en conflicto las lógicas predominantes mercantiles de la globalización, con aquellas fundadas en la demanda por el reconocimiento de derechos como pueblo. Para ingresar en esta amplia temática se hace necesario revisar los significados de la globalización, sus múltiples facetas y dinámicas, así como los nudos problemáticos a que se enfrentan los pueblos indígenas en un contexto de interdependencia de mercados, estados y personas. Interesa conocer también el marco internacional en el que se mueve la construcción de los derechos de los pueblos indígenas, manifestación clara de que no solo el dinero y los recursos tienen una expresión globalizada, también los valores, la historia, las formas de vida y las demandas históricas y cotidianas de la gente.

## 1. ¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?

¿Es la globalización un fenómeno nuevo? Si es así, ¿qué tiene de nuevo? ¿Cuánto afecta la globalización a las distintas esferas de la vida humana? Hablar de globalización en los tiempos que corren puede parecer una tarea inútil porque plantea el desafío de hablar de todo y a la vez de nada. La globalización es para algunos la mundialización y la interdependencia de las relaciones económicas, los flujos comerciales y financieros que ocurren en diferentes partes de planeta. Globalización es también la interconexión de los flujos de información, su difusión y sus múltiples expresiones, con equivalencias u homologaciones en lugares apartados y aparentemente no conectados de la tierra. Para otros, la globalización es un proceso de difusión de la cultura y de un lenguaje común que tiende a aplanar las diferencias, estandarizando a las sociedades y culturas nacionales.

El Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz señala que la globalización es, fundamentalmente, la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y personas a través de las fronteras<sup>2</sup>. El autor señala que la globalización incluye también la creación de movimientos internacionales que se oponen a las reglas del comercio o la difusión, por parte de organismos como la ONU, a través de la promoción de la paz a nivel planetario y de derechos específicos que son considerados comunes a todos los seres humanos. Según Stiglitz, serían los aspectos económicos los que generarían mayor polémica y malestar. Las reglas de liberalización de los mercados de capitales, por ejemplo, conllevan una serie de medidas que afectan directamente a las personas en el campo de los derechos laborales, el uso de los recursos naturales o las condiciones de vida general para quienes son menos beneficiados con el comercio. Cuando surge la pregunta de quiénes son los que gobiernan esta globalización, Stiglitz identifica a organismos como el FMI y el Banco Mundial, los que tienen hoy el poder de definir e imponer los términos de dicha globalización.

---

2 Stiglitz, Joseph E. (2002) *El malestar en la globalización*, México, Taurus. P. 34.

Para CEPAL (2002) la globalización o mundialización, es la creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local<sup>3</sup>. Dadas sus características, no se trata de un fenómeno previsible ni controlable, y por lo mismo, es incompleto y asimétrico, se caracteriza por un importante déficit en materia de gobernabilidad<sup>4</sup>. La principal consecuencia de la globalización es que esta está determinada, en gran medida, por el carácter desigual de los actores participantes<sup>5</sup>.

La globalización se remonta al proceso mismo de formación del capitalismo moderno y a su posterior difusión planetaria a partir del medioevo y la época moderna, con el advenimiento del capitalismo mercantil que luego transita hacia el industrialismo; la producción en serie, que funda los criterios básicos del llamado *fordismo*, régimen de acumulación cuyas implicancias no son solo económica sino que también sociales, culturales y políticas. El *fordismo*, la corporativización y concentración de los procesos productivos tendría su contraparte en los procesos de concentración de capital, pero también de conocimiento y poder político. Coetáneo con estos procesos surgía el *taylorismo*, que planteaba que la productividad en el trabajo puede incrementarse radicalmente dividiendo cada proceso de trabajo en movimientos parciales y organizando las tareas fragmentarias de acuerdo con pautas estrictas de tiempo. El *taylorismo* será retomado en épocas posteriores a través del *outsourcing* o externalización de las múltiples fases de los procesos productivos, que caracterizan la dinámica actual del capitalismo globalizado<sup>6</sup>. Sin embargo el *fordismo* cubrirá gran parte del siglo XX hasta las sucesivas crisis de los años sesenta y setenta, a partir de las cuales se iniciará la transformación hacia una economía libremercadista.

De esta manera, los actuales escenarios serían parte de las múltiples etapas por las que ha transitado el proceso de difusión del capitalismo, proceso que se ha presentando de manera desigual e incompleta en

---

3 CEPAL (2002), *Globalización y desarrollo*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

4 *Idem.*, p. 17

5 *Ibid.*

6 Harvey, David. (1998) *La condición de la posmodernidad. Investigaciones sobre el origen del cambio cultural*, Buenos Aires, Amorrortu.

los diferentes países del mundo. La última fase del capitalismo, la actual, se habría comenzado a conformar en el último cuarto siglo con la generalización del libre comercio y la transnacionalización de los procesos productivos.

*“En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyas principales características son la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales que funcionan como sistemas de producción integrados, la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo, pero en la que también se observa la persistencia de restricciones al movimiento de mano de obra”*<sup>7</sup>.

Esta última etapa es la conocida como *posfordismo*, posmodernismo (en su lógica cultural)<sup>8</sup> o neoliberalismo. Sin embargo, pese a que se trata de un proceso de larga data, es claro que existen actores y sujetos que han empujado o empujan la globalización hacia su estado actual. Es decir, no se trata solo de un proceso espontáneo e inevitable.

Esta suerte de “impulso dirigido” tiene como punto de partida a los propios Estados, que pasan a ser la cadena más importante de lo que hoy se llama transformación o reformas neoliberales, operadas en muchos países del mundo a partir de los años ochenta y noventa. Las reformas neoliberales crearon las condiciones para el desarrollo de un capitalismo sin fronteras, modificando los sistemas laborales, la seguridad social, las estructuras del Estado, el acceso al conocimiento y los recursos naturales. El impulso a las reforma se produjo de instituciones como el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y recientemente del Foro de Dávos, donde se reúnen las economías más ricas del mundo. Sin embargo, la instancia que resume las transformaciones estructurales para liberalizar la economía es el llamado Consenso de Washington, una suerte de catálogo del libre mercado y la globalización, difundido desde 1989 a partir de las experiencias de países que había comenzado aplicar las reformas.

---

7 CEPAL (2002), *op. cit.*, p.19.

8 Véase el clásico texto de Frederic Jameson (1993), “El posmodernismo como lógica cultural del capitalismo tardío”, en *Ensayos sobre el posmodernismo*, Buenos Aires, Imago Mundi.

El Consenso de Washington señala que para mantener una economía sana y abierta se debe cumplir con diez “requisitos mínimos”: 1) Disciplina fiscal: No más déficit fiscal; 2) La inflación como parámetro central de la economía; 3) Prioridades en el gasto público; 4) Reforma tributaria; 5) Tasas de interés fijada por el mercado y real positivas; 6) Tipo de cambio fijado por las reglas del mercado; 7) Política comercial: liberalización de las importaciones y acceso a bienes intermedios importados; 8) Inversión Extranjera Directa; 9) Privatizaciones, y; 10) Desregulación<sup>9</sup>.

El Estado ha jugado un papel fundamental en la aplicación del consenso de Washington y las normas libremercadas. Esto es importante decirlo, porque ello desmiente la difundida idea del debilitamiento o “achicamiento” del Estado. Si bien muchas de las reformas han tendido a disminuir el tamaño del Estado para alcanzar la disciplina fiscal, el ahorro y la eficiencia, o han desmantelado los servicios sociales, los sistemas de protección o la priorización básica en los núcleos críticos de la desigualdad, el Estado no se ha debilitado. Por el contrario, ha incrementado su poder y su capacidad de incidir en las decisiones públicas. El problema es que esta incidencia se ha ido inclinando con claridad hacia los grupos que controlan el aparato productivo y los mercados en general. La apertura de las fronteras comerciales, la transnacionalización de la mano de obra o la liberación de los recursos del Estado para ser puestos en el campo de los intercambios libremercadas, no son sino el resultado de una estrecha alianza entre un Estado poderoso y dichos grupos.

Por último, la difusión del libremercado globalizado no ha sido posible sino a través de los acuerdos comerciales y los tratados de libre comercio (TLC) en los cuales nuevamente los estados tienen un papel central como impulsores, negociadores y garantes de su cumplimiento o ejecución.

La globalización de la que hasta aquí hemos hablado está directamente ligada a los procesos económicos, pero existen “otras globalizaciones”, como la globalización cultural, la globalización de las comunicaciones o aquellas que dicen relación con la difusión de los derechos humanos.

---

<sup>9</sup> A propósito de experiencias como la de Argentina y México en los últimos años, se ha comenzado a cuestionar los alcances del decálogo del Consenso de Washington.

De algunas de esas otras dimensiones de la globalización me ocuparé en las próximas páginas. Sin embargo, no se debe perder de vista que estas “otras globalizaciones” no dejan de vincularse a la esfera de la economía y los flujos comerciales. La ausencia o restricción de derechos laborales o la trasgresión a los derechos de los niños, en países donde el trabajo infantil está casi institucionalizado, por ejemplo, se vinculan directamente a los procesos de liberalización comercial. Lo mismo ocurre con el atropello al derecho preferente de los pueblos indígenas en el acceso a los recursos naturales y al territorio. Lo mismo ocurre también con el derecho de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales que hoy son disputados a los pueblos indígenas por transnacionales que patentan dichos conocimientos para apropiárselos y convertirlos en ganancias absolutamente desvinculadas de los sujetos sociales que le dieron origen y uso.

La misma situación se repite en el contexto de la globalización informática, donde los “integrados” son una minoría, por lo menos hasta ahora, al lado de las grandes masas sin acceso a la conectividad y a las redes de información y que padecen lo que se ha denominado “analfabetismo informático”. La propia reconstrucción de las identidades indígenas está sometida a las transformaciones del campo económico y a las hegemonías políticas y culturales conformadas a partir de la estructuración de grupos dominantes que controlan la producción, el comercio, los flujos comerciales y aun los términos de la relación entre los sujetos y el Estado. Esto porque la globalización, ya sea de manera espontánea o dirigida, promueve imágenes y representaciones sociales que buscan homogenizar a las personas. Bajo estas circunstancias, la vida social y la diversidad cultural tienden a ser aplanadas por la globalización, en un proceso dialéctico donde los sujetos cuentan con diversas formas de resistencia, pasiva o activa, donde las identidades son “lugares” de refugio pero también plataformas desde las cuales demandar derechos.

## **2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA GLOBALIZACIÓN: TRANSFORMACIÓN DE ESCENARIOS Y NUEVAS DEMANDAS**

En las décadas recién pasadas aumentaron o se hicieron más visibles en el espacio público las demandas y reclamaciones de los grupos étnicos. Ello sugiere la idea de que en algunos países de la región han

emergido nuevos actores sociales, y en algunos casos nuevos actores políticos, que desafían las formas tradicionales de hacer política. Este hecho es relevante para el conjunto de las sociedades latinoamericanas y para el futuro de la democracia, pues plantea el desafío de repensar la comunidad política y los mecanismos de inclusión ciudadana en que hasta ahora se han basado los modelos de sociedad.

Haciendo un recuento rápido es posible recordar que, apenas iniciada la década de los noventa, Ecuador era escenario de un masivo levantamiento indígena que removía las bases de su sistema político. Mientras que en Bolivia se producían populosos paros y bloqueos protagonizados por organizaciones aymaras y quechuas, sumados a los cada vez más frecuentes reclamos por la lentitud en el proceso de titulación de tierras en la región oriental y las protestas de los productores de hoja de coca, así como la lucha por los derechos de agua de las comunidades aymara y quechuas del altiplano. En México el 1 de enero de 1994 surge desde las sombras de La Cañada chiapanecas el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), un balde de agua fría a quienes proclamaban una nueva era para México a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio (TLCAN) con Canadá y Estados Unidos. En Chile, desde 1996, la construcción de represas y las demandas de tierras a empresa forestales transnacionales van a quebrar los acercamientos logrados hasta principios de la década, configurando un escenario cada vez más complejo y sobre el cual, hasta ahora, no se vislumbran soluciones muy claras<sup>10</sup>.

Como hemos dicho, es evidente que el aumento de los llamados “conflictos indígenas”, está directamente relacionado con las transformaciones sufridas por el Estado durante los últimos años<sup>11</sup>, así como a un sinnúmero de otras causas, entre las que encuentra el problema de la tierra, la pobreza y los atropellos a los derechos

---

10 En todo caso no todos los países con población indígena son escenario de movilizaciones indígenas masivas, en varios la protesta indígena se manifiesta como estallido y movilizaciones que se confunden con las de otros grupos y actores sociales, protestas que muchas veces se circunscriben al ámbito local y que no buscan transformaciones mayores de carácter regional o nacional. Sin duda esto depende de un conjunto de factores políticos y sociales, así como del peso relativo de la población indígena en el país.

11 Margolis, Ana. (1992) “Vigencia de los conflictos étnicos en el mundo contemporáneo”, en *Estudios Sociológicos*, Vol. X, N°28, enero-abril, pp. 7-29; y Rodolfo Stavenhagen (2001), *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México.

humanos. Todas estas cuestiones conforman el núcleo de demandas que la acción colectiva indígena busca conjugar a través de la “política del reconocimiento”.

El “retroceso” del Estado en ámbitos claves ha transformado el “espacio público” y ha debilitado ciertos principios de legitimidad y cohesión social sobre los cuales se fundaba el modelo de ciudadanía hasta ahora vigente. En otro frente, la crisis de gobernabilidad democrática en la región durante la última década ha tenido efectos negativos para los pueblos indígenas pues el sistema que acogía, aunque escasamente, sus demandas y problemas, ha disminuido los canales de participación y negociación. Asimismo, ha limitado su capacidad para responder a los nuevos y viejos requerimientos de estos grupos.

Algunos procesos de democratización han abierto las puertas a las demandas indígenas; este es el caso de Chile a principios de los años noventa y de Perú y México en los dos últimos años. Sin embargo, se debe reconocer que los sistemas democráticos cuentan con espacios y recursos restringidos para acoger el conjunto de demandas sociales que existen al interior de los países, lo que genera expectativas que luego no pueden cumplirse. Las organizaciones indígenas creen que existe una baja capacidad del sistema político y del Estado de procesar sus demandas diferenciadas, afirmadas en la identidad, tales como los derechos colectivos, el reconocimiento, el bilingüismo y el biculturalismo o la ampliación y restitución de las tierras comunitarias.

La transformación del espacio público ha contribuido a dibujar, y en algunos caso a autonomizar, con mayor claridad los contornos de la llamada sociedad civil, demarcando el campo de sus demandas, haciendo visibles las diferencias e identidades colectivas, así como la necesidad de buscar nuevas formas de organización y representación de demandas. En este sentido cobra fuerza la idea de que la politización de la identidad, y de diversos espacio sociales en general, son un claro ejemplo de las nuevas formas de ejercicio de la ciudadanía surgidas en el mundo durante las últimas décadas<sup>12</sup>.

---

12 Véase Gros, Christian. (2000), *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*, Colombia, Instituto Colombiano de Antropología e Historia; y Neil Harvey (2000), *La rebelión de Chiapas. La lucha por la tierra y la democracia*, México, ERA.



Se ha producido una transformación de la acción colectiva indígena, otrora afirmada solo en demandas campesinistas y de clase, expresándose ahora en el uso de la etnicidad y la identidad como estrategia política, lo que ha incentivado nuevas formas de solidaridad de grupo cristalizadas en la constitución de un sujeto social indígena con formas propias de hacer política, con estrategias y discurso a veces desvinculados o distantes de los bloques tradicionales. La organización indígena y la comunidad se han convertido asimismo en espacio de articulación y reproducción de lo étnico, en referente de las luchas, además de ser espacio en el que se recrean y organizan las identidades<sup>13</sup>.

Esta nueva forma de expresión de demandas se ha cristalizado en la formación de movimientos sociales y organizaciones que muestran una alta capacidad de actuar políticamente frente al Estado y los gobiernos, –véase por ejemplo los casos recientes de México, Ecuador y Bolivia–, y que han desplegado un sinnúmero de estrategias de negociación y *lobby* ante organismos nacionales e internacionales, todo ello bajo un entorno internacional que ha tendido a promover y reconocer sus derechos y aspiraciones fundamentales. En este escenario, el Estado aparece debilitado, deslegitimado e incapaz de dar cuenta de demandas que, en algunos países de la región, representan a amplios sectores de la sociedad.

Por otra parte, la mayor injerencia del mercado como regulador de las relaciones entre los sujetos sociales, los individuos y las instituciones ha provocado dos procesos importantes a lo menos. Por un lado, ha tendido a pauperizar a las comunidades debido a que ha descapitalizado las economías campesinas en general. Y al mismo tiempo, ha quebrantado las formas tradicionales de mediación de conflictos entre el Estado y las comunidades y aun entre las comunidades mismas, con lo que se ha incrementado el fraccionalismo y las formas no institucionales de resolución de conflictos, véase por ejemplo el caso de algunas zonas de Bolivia (Albó 2002) o la situación derivada de la reforma al Artículo 27 de la Constitución mexicana con relación a las tierras indígenas.

El retiro del Estado y el mayor peso del mercado está provocando que conflictos por tierras y recursos naturales aparezcan “privatizados”, es decir, como si fuesen conflictos entre privados. Las organizaciones

13 Albó, Xavier. (2002) *Pueblos indios en la política*, La Paz, CIPCA.

indígenas reclaman que el Estado debe velar por el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como por sus derechos específicos como indígenas. La ausencia del Estado parece ser una de las causas directas de la radicalización de los conflictos. Este es el caso del conflicto derivado de la construcción de la represa de Ralco en los Altos del río Bío-Bío en Chile. En este conflicto los indígenas han visto y ven al Estado como un aliado del consorcio que realiza las obras y no como un poder protector de sus derechos<sup>14</sup>.

A lo anterior es preciso agregar que factores como la pobreza, la exclusión y las múltiples expresiones de iniquidad que afectan a los pueblos indígenas, son de tan larga data y de tal profundidad que a estas alturas aparecen como problemas estructurales, de tal forma que se hace difícil distinguir el origen y sentido de los mecanismos y componentes que generan la exclusión y la pobreza. Nos referimos a la vieja discusión de si la discriminación y exclusión por motivos étnicos o de raza es producto de las relaciones económicas que tienen un origen en factores de clase, o bien las condiciones económicas de estas poblaciones son producto de sus adscripciones étnicas. En nuestra opinión, más bien se trata de un conjunto combinado de factores difícilmente separables o aislables<sup>15</sup>, un contexto donde las categorías de clase siguen presentes pero tienden a diluirse con otras formas de relaciones sociales, con otras adscripciones y con nuevas fuerzas económicas enquistadas en los procesos de globalización y transnacionalización de las economías.

---

14 El conflicto de la represa Ralco, que se inicia con el otorgamiento de la concesión oficial para la construcción de la Central Hidroeléctrica Pangue en 1990, tiene varias aristas y niveles para su análisis. Por una parte, se trata de un conflicto que se produce como resultado de un proceso impuesto e inconulto que afecta directamente las tierras, recursos, cultura y sociedad del pueblo mapuche-*pehuenche*. Por otra, involucra un daño irreversible a un territorio de gran biodiversidad e interés paisajístico. En contraposición, se encuentran los intereses económicos y los objetivos de desarrollo en materia eléctrica defendidos por el Estado en conjunto con los grupos económicos. Para la Concertación, la coalición política que gobierna en Chile desde 1990, Ralco es una "señal" para los inversionistas, que exhibe a riesgo de su propia "política indígena". Esto demuestra, o al menos insinúa, la jerarquía de prioridades que se quiere privilegiar al alero del modelo de desarrollo vigente.

15 Véase Wieviorka, Michel. (1992) *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós; Wieviorka, Michel. (1994) "Racismo y exclusión", en *Estudios Sociológicos*, Vol. XII, N°34; Oommen, T.K. (1994) "Raza, etnicidad y clase, análisis de las interrelaciones", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 139 marzo, pp. 101-113; Hopenhayn, Martín y Bello, Álvaro

De cualquier modo, lo concreto es que la pobreza y la discriminación en los pueblos indígenas han tendido a profundizarse a partir de la profundización de la globalización, donde la mayor parte de los países de la región muestran un desempeño macroeconómico negativo y en algunos casos francamente regresivo<sup>16</sup>. Por ello no es raro que los primeros afectados de esta crisis, como de otras crisis, nuevamente sean los grupos indígenas quienes, debido a su exclusión histórica, tienen menores oportunidades de hacer frente a estas coyunturas<sup>17</sup>.

### 3. DE LO LOCAL A LO GLOBAL: LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN BUSCA DE RECONOCIMIENTO

La manifestación más clara del lado positivo de la globalización para los pueblos indígenas se encuentra en la difusión de los derechos humanos y los derechos específicos referidos a los pueblos indígenas dentro del sistema internacional.

Una serie de hechos recientes han marcado un cambio sustancial en la agenda internacional relativa a los pueblos indígenas de América Latina en particular y del mundo en general. La primera es la realización en agosto-septiembre del año 2001, en Durban (Sudáfrica), de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, que entre sus principales resultados generó una rica agenda de trabajo, actualmente en curso, y dos instrumentos básicos para la puesta en práctica de las discusiones llevadas a cabo: La Declaración de Durban y el Programa de Acción de la Conferencia. El segundo hito es la creación durante el año 2002 de la Relatoría Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales de los Indígenas, a cargo del destacado académico mexicano Rodolfo Stavenhagen. El tercer hito es

(2001), "Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe", *Serie Políticas Sociales*, Santiago de Chile, CEPAL.

16 CEPAL (2000), *Panorama Social*, Santiago de Chile, Publicación de CEPAL y CEPAL (2001), *Panorama Social*, Santiago de Chile, Publicación de CEPAL.

17 Bello, Álvaro y Rangel, Marta (2000), *Etnicidad, "raza" y equidad en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL y Bello, Álvaro y Rangel, Marta (2002), "La equidad y la exclusión de los pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe", en *Revista de la CEPAL N°76*, Santiago de Chile, CEPAL, pp. 39-54.

la realización en Nueva York de la Primera Sesión del Foro permanente sobre cuestiones Indígenas de Naciones Unidas (realizada el 13 y 14 de mayo 2002).

Estos tres hitos son de gran importancia tanto para los pueblos indígenas como para los gobiernos y los Estados pues a través de ellos se expresan, aunque aún no se satisfacen, las expectativas de alcanzar un mayor grado de diálogo, reconocimiento y respeto a las demandas indígenas, para así lograr mayores grados de justicia e igualdad en un marco de respeto a las diferencias. Se espera además que a partir de estas nuevas instancias se logre la aprobación de una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígena y una Declaración Americana. Valga decir que ambas declaraciones se encuentran entrampadas por una serie de disensos en materias claves como la utilización de la palabra “pueblos”, que en opinión de los representantes de los gobiernos contiene significados que en el derecho internacional se asocian a la libre determinación, con el consiguiente peligro de secesionismo o separatismo para los países con población indígena.

Por otra parte, y pese a los avances registrados en las últimas décadas en materia de reformas constitucionales y legales, programas institucionales, mecanismos de financiamiento y apoyo<sup>18</sup>, varios países de la región, dentro de los cuales se encuentran algunos de los que aplicaron reformas legales, continúan mostrando altos grados de conflictos entre los grupos étnicos, las sociedades nacionales y sus Estados. Tales son los casos de México, Guatemala, Colombia, Chile y Ecuador. La mayor parte de estos conflictos han dejado en claro que no bastaba con realizar reformas en el ámbito legal y que la base de los problemas existentes son aún más complejos y profundos de lo que se creía. Por otro lado, es necesario asumir críticamente que muchas de las iniciativas adoptadas por los Estados no han pasado de ser meras

---

18 Assies, Willem. (1999), “Pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina”, en Assies, Willem; van der Haar, Gemma; y André Hoekema. (ed.), *El reto de la diversidad*, México, El Colegio de Michoacán; Bello, Álvaro y Rangel, Marta (2000), *op. cit.*; Barié, Cletus (2000), *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, México, Instituto Indigenista Interamericano. Stavenhagen, Rodolfo (1999), “Derechos humanos y ciudadanía multicultural: los pueblos indígenas”, en Nieto Montesino, Jorge. (Coord.), *Sociedades multiculturales y democracia en América Latina*, México, UNESCO/DEMOS y Stavenhagen, Rodolfo. (2000) *Conflictos étnicos y estado nacional*, México, Siglo XXI/UNRISD.

declaraciones de buenas intenciones y han estado lejos de traducirse en medidas y acciones concretas.

En los últimos años ha comenzado a discutirse si la universalidad de los derechos individuales es suficiente para cubrir las necesidades de todas las personas y grupos humanos o es necesario buscar una ampliación de derechos hacia otros ámbitos donde sea superado el carácter individualista y abstracto de los derechos civiles y políticos. Curiosamente, esta discusión tiene una mayor resonancia no por el planteamiento hecho por los pueblos indígenas sino por la presión que están ejerciendo algunos Estados del sureste asiático y de los países denominados islámicos que cuestionan la universalidad de los derechos humanos y piden restringirlos en sus países sobre la base de las restricciones que a ellos les impone la religión, que es un ámbito propio de la esfera privada, señalan. La opinión contraria a esta solicitud dice que estos países, al suspender o relativizar la universalidad de los derechos humanos, desean tener una mayor amplitud para violarlos, dado que además de oponerse a su universalidad se han negado ratificar la mayor parte de los instrumentos sobre materias específicas como los protocolos facultativos de los Pactos y Convenciones como los de la mujer, del niño o contra la tortura.

El caso de los pueblos indígena es distinto porque ellos piden no la restricción o revisión de los derechos universales, sino que el cumplimiento tanto de los derechos civiles y políticos como de los DESC, pero sobre todo, y es aquí donde está la polémica, una ampliación hacia los derechos de tercera generación. Los pueblos indígenas desde hace varios años vienen solicitando que se les reconozcan derechos específicos de carácter colectivo que, según algunos autores, no se contraponen con los derechos existentes. Pero esta discusión no se puede entender si no es bajo el marco de la evolución y ampliación de los derechos humanos en el mundo.

A mediados del siglo XX se registran profundos cambios que repercuten en el modo que hasta entonces se pensaban los derechos de las personas y la ciudadanía en general. Durante este período, se transita de los llamados derechos ciudadanos o de “primera generación”<sup>19</sup>, a los

---

19 Estos son los derechos civiles y políticos, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, a la libertad, a la libertad de pensamiento, el derecho a la participación en los asuntos

derechos económicos sociales y culturales<sup>20</sup>, denominados de “segunda generación”, los que a su vez estarían dando paso una serie de derechos colectivos denominados de “tercera generación”<sup>21</sup>. En nuestro caso utilizamos estas categorías solo de una manera descriptiva y no con una connotación evolucionista del derecho como habitualmente se hace. De esta manera, la difusión de los derechos de segunda y tercera generación, han tenido hoy en día una mayor resonancia y difusión con el desarrollo de la globalización.

Después de la Segunda Guerra Mundial y tras los crímenes cometidos por los nazis contra judíos, gitanos y otros grupos étnicos y religiosos, la comunidad internacional tomó en sus manos la tarea de revisar el marco sobre los derechos humanos. Fue así como nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Carta Internacional que consagró estos derechos como una cuestión de preocupación sustancial para todas las naciones, más allá de sus diferencias culturales y políticas. La Carta dio paso a una serie de otros instrumentos internacionales que tendieron a precisar y mejorar el ámbito en que estos derechos debían ser reconocidos y disfrutados por las personas. Así fueron surgiendo un conjunto de instrumentos como la Convención contra el Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos aprobados en 1966 y vigentes desde 1976), la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Casi todo estos instrumentos son vinculantes, es decir, el país que los ratifica debe cumplirlos e integrarlos además a sus leyes

---

públicos, entre otros. Se encuentran consagrados en tanto en la Declaración Universal como en la Carta de Derechos Humanos.

20 Entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo, al descanso, al ocio, a educación, cultura, a fundar sindicatos, etc. Fueron consagrados y difundidos principalmente por los dos Pactos de Derechos de 1966.

21 Entre los que se encuentran la revalorización del derecho a la vida, el derecho de conciencia y una serie de derechos con referencia a la solidaridad y la participación. Los derechos de tercera generación hacen referencia específica a los derechos colectivos o de grupos y en este sentido se conectan con los derechos individuales pues no pueden realizarse sin que estos estén garantizados. En la clasificación que hacen los juristas se encuentran como derechos de tercera generación el derecho de autodeterminación de los pueblos, al desarrollo, al medio ambiente sano y a la paz.

nacionales, y si no, tienen por lo menos un valor político y moral que es difícil de negar en la actualidad.

Asimismo, a nivel regional, existe una serie de otros instrumentos como la Carta de Garantías Sociales, también denominada Declaración Americana de Derechos y Garantías del Hombre (1948) y el Convenio 107 de la OIT, que luego dio paso al Convenio 169 del mismo organismo<sup>22</sup>. En 1969 se aprobó el Protocolo de San Salvador y, a través de él, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismos que en años recientes han tenido un activo papel en el resguardo de las garantías y derechos de personas y grupos indígenas. Dentro del sistema de Naciones Unidas se discute además una Declaración Universal de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y en la región un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, recientemente se acaba de crear una instancia de alto rango, la Relatoría Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas que preside el Dr. Rodolfo Stavenhagen y que tiene como función llevar las demandas, denuncias y reclamos de los pueblos indígenas al seno de la Organización de Naciones Unidas con el fin de presionar a los gobiernos a cumplir con sus compromisos en estas materias.

Organismos como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americano han venido mostrando, desde hace años, una especial preocupación por la situación de los pueblos indígenas. Así, en 1993, la ONU declaró el Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas, mientras que la OEA ha creado diversos mecanismos para el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la materia por los países de la región. En este marco es que recientemente (31 de agosto al 8 de septiembre de 2002) se realizó en Durban (Sudáfrica) la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas Conexas de Intolerancia. Aunque la difusión sobre los resultados de la reunión fue opacada por los sucesos del 11 de septiembre en Nueva York, la Conferencia tuvo una enorme importancia para trazar el futuro camino que debieran seguir los países donde existen grupos indígenas,

---

22 El convenio 169 de la OIT, que ha sido ratificado por 12 países de la región, se ha convertido en un instrumento fundamental y emblemático para los pueblos indígenas pues en él se les reconocen derechos territoriales, así como el estatus de "pueblos".

minorías nacionales o etnonacionales, u otros “grupos raciales”. Tales planteamientos están contenidos en dos documentos-instrumentos fundamentales para la acción política de gobierno y de la sociedad civil, como son la Declaración de Durban y el Programa de Acción.

La ONU ha jugado un papel central en la difusión y consolidación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En la práctica se ha convertido en el motor del derecho indígena y por ende de sus demandas en materia de reconocimiento y respeto a sus derechos. Evidentemente todos estos instrumentos no solucionan por su sola existencia la situación secular de los pueblos indígenas. Sin embargo, es bajo este marco que los pueblos indígenas reclaman el respeto a sus derechos fundamentales, cuyos titulares son los individuos, a la vez que incorporan nuevos tipos de demandas dentro de lo que se clasifica como “derechos colectivos” o también llamados de “tercera generación”, cuyos titulares son el grupo o colectivo. Como ya se ha señalado más arriba, es bajo este escenario, construido al alero de los nuevos movimientos sociales de carácter étnico, de la globalización y la modernidad, que se dan los procesos actuales y en el cual deben situarse las demandas de los pueblos indígenas.

No obstante, los conflictos que involucran a pueblos indígenas se han hecho cada vez más frecuentes y están implicando e importando a mayores segmentos de población, así como al aparato del Estado y las instituciones. En varios países la cuestión indígena se ha transformado en un problema de interés nacional y ha exigido progresivamente la búsqueda consensos y acuerdos políticos muchas veces de nivel nacional. Es el caso de países como México, con el llamado conflicto “zapatista”; Ecuador y las grandes movilizaciones conducidas mayoritariamente por indígenas, que han derrocado a dos presidentes de la República o, como en Chile, la conformación de mesas de diálogo y comisiones de alto rango para buscar un nuevo trato con los pueblos indígenas.

Los conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas, al parecer tienen un denominador común: el atropello a los derechos fundamentales de los indígenas o la negativa de los Estados a implementar el reconocimiento de derechos colectivos por temor al separatismo. Estos conflictos están asociados fundamentalmente a factores socioeconómicos y a la exclusión de los indígenas de los mecanismos de participación y toma decisiones



en los asuntos que le atañen o afectan a sus vidas. Los indígenas viven mayoritariamente en condiciones pobreza y marginación, excluidos, por ser indígenas, de los beneficios de la modernidad y los avances de la sociedad, por la creencia de que la única forma que tienen para integrarse es dejando de ser indígenas.

La situación de desprotección de los derechos indígenas y su empobrecimiento progresivo está íntimamente ligada además a la creciente demanda externa por recursos naturales provenientes de territorios reclamados o en posesión de comunidades indígenas, así como por el avance de megaproyectos que afectan el hábitat y los recursos naturales productivos de estas comunidades. Esta situación ha sido consignada en diversos documentos y reuniones internacionales como la Conferencia Internacional de Medio Ambiente (Conferencia de Río, 1995) o la ya mencionada Conferencia de Durban en Sudáfrica (2001).

En la búsqueda de soluciones a los problemas planteados se ha vuelto la mirada a la ciudadanía reinterpretada como una nueva interpelación del Estado a los individuos y los grupos como sujetos de derechos que van más allá de lo político, y que incluyen dimensiones como la cultura, la economía y lo aspectos sociales, es decir una ampliación hacia los llamados derechos de tercer generación.

# LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA INDÍGENA

*SERGIO FUENZALIDA*<sup>1</sup>

## RESUMEN

El texto trata de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en general, y en relación a los derechos indígenas, en particular.

Se sostiene que la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte para todos los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se han sujeto a la jurisdicción de la Corte Interamericana, deriva de que ellos forman parte de un orden jurídico supranacional, de carácter objetivo, que configura un sistema de derechos humanos coherente, y cuya finalidad es la protección más eficaz, amplia y favorable de los derechos fundamentales. El intérprete autorizado y último de este orden jurídico es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituida por el tratado para supervigilar su cumplimiento.

De no aceptarse la fuerza imperativa de las decisiones de la Corte para todos los países miembros del Pacto, se rompería la necesaria unidad y coherencia del sistema de derechos humanos interamericano, y constituiría una vuelta atrás en la defensa y protección internacional de los derechos humanos.

---

1 Abogado

En consecuencia con ello, y ya fijados por la Corte determinados estándares en materia de derechos indígenas, es necesario desplegar un amplio esfuerzo ante los tribunales internos para hacer efectiva esa rica fuente de derecho que constituyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 1. VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Es ya una verdad ampliamente consolidada en la doctrina nacional y comparada que la Constitución Política de un Estado constituye el vértice del ordenamiento jurídico, y que los preceptos que la integran tienen un carácter normativo y no meramente programático. Ella obliga directamente a toda persona, institución o grupo, y nadie puede eximirse de obedecer sus disposiciones, tanto formal como sustantivamente<sup>2</sup>. Lo cual implica no solo una prohibición de transgredir los preceptos constitucionales, sino un deber de cumplirlos en un sentido activo y positivo<sup>3</sup>. Los órganos del Estado, en consecuencia, no solo no pueden transgredir la Constitución y las leyes, sino que también están obligados a ejecutar fielmente sus mandatos<sup>4</sup>. De lo contrario, ellos estarían dejando de cumplir el fin para el cual fueron creados: a saber, el servicio de la persona humana y la promoción del bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

La Constitución Política se erige así en el ápice del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>, como norma Fundamental y Primera. Al respecto, Eduardo

2 García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 63 a 65.

3 Cea Egaña, José Luis, "Presentación y Estudio Introductorio, Dignidad, Derechos, y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno", en *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, p.17.

4 La Constitución, por ello, no solo "configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos", sino que asimismo "establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad". Ver, García de Enterría, *op. cit.*, p. 49.

5 Este capítulo se ha apoyado de manera muy importante en el texto *Dogmática Constitucional* del profesor Nogueira Alcalá y en el texto de Requejo Pages, "Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español". Ver, Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional, Chile*, Editorial Universidad de Talca, 1997, Capítulo II, pp. 67-106; y Requejo Pages, Juan Luis, "Consideraciones

García de Enterría, señala que es necesario establecer con “*absoluta explicitud*” que toda la Constitución “*tiene valor inmediato y directo*”. Ella es parte del ordenamiento, y “*su parte primordial y fundamental*” por cuanto expresa los “*valores superiores del ordenamiento jurídico*”. La vinculación directa de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico “*da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución*”. Supremacía constitucional que tiene como base la “*resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas o actos que de ella derivan*” y que constituyen “*la piedra angular*” de la eficacia de la Constitución “*como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico*”<sup>6</sup>.

Ese carácter de fuente primaria y suprema del orden jurídico, sin embargo, no se traduce necesariamente en que la Constitución va a fundar la validez de *todas* las demás normas aplicables en el sistema jurídico del país en que rige. La Constitución, esa es la verdad, junto con fundar la existencia de las normas creadas internamente, según la tramitación respectiva que le señala el propio ordenamiento jurídico (que de otro modo no podrían nacer a la vida del derecho), también se remite y hace aplicable a nivel interno a normas que no tienen su origen en el ámbito nacional, sino que tienen su principio en el ámbito internacional, de acuerdo a las formas de creación propias de ese sistema jurídico.

Ambos tipos de normas, las internas y las internacionales, de conformidad a lo dispuesto por la propia Constitución –emanada del poder constituyente– pasan a formar parte del orden jurídico vigente, siendo ambas igualmente aplicables<sup>7</sup>.

---

en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 44, enero-abril, pp. 41-66.

6 Ver, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 63-65.

7 De esta suerte, es el mismo poder soberano el que crea, en conformidad a las reglas que se ha impuesto, la normativa interna, y el que hace aplicable internamente las normas procedentes del Derecho Internacional, remitiéndose a ellas. Todo ello en conformidad a la Norma Fundamental. Requejo Pages lo expresa así: “*Del mismo modo que el derecho interno no condiciona la validez de las normas del derecho internacional, así tampoco estas inciden en la validez de aquellas, razón por la cual, entre ordenamientos cuyos criterios de existencia jurídica en nada se confunden, no queda otro remedio que acudir a la idea de aplicación como pauta integradora de sus normas respectivas*”. Ver, Requejo Pages, *op. cit.*, p. 61.

Sin embargo, como se podrá ver, entre una y otra categoría de normas existe una marcada diferencia que deriva de fuentes tan diversas: el fundamento de validez de cada una de ellas<sup>8</sup> es distinto y las condiciones de aplicabilidad de las mismas son asimismo diferentes.

La validez de una norma interna (derivada), de acuerdo a lo que prácticamente todos los autores señalan, descansa en que su dictación haya sido autorizada por otra norma perteneciente al sistema jurídico en cuestión, en términos que concuerde “*con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1º al órgano que debe dictarla; 2º al procedimiento mediante el cual deber ser sancionada, y 3º al contenido que debe tener dicha norma*”<sup>9</sup>. En el caso de reunirse esos requisitos, la norma respectiva pertenecerá al sistema jurídico en cuestión y será asimismo aplicable, permaneciendo válida mientras no sea derogada o caiga en desuso. La validez y la aplicabilidad de la norma en este caso son términos intercambiables.

Distinto es el caso de las normas que provienen de los tratados internacionales. En este caso su ingreso al ordenamiento interno ha pasado por una remisión a ellas que hace el ordenamiento nacional según lo prescrito por la Constitución, que integra esas normas al orden jurídico interno, convirtiéndolas en normas obligatoriamente *aplicables*. Sin embargo, y aquí está la importancia de la distinción, no obstante su incorporación al sistema nacional, esas normas internacionales en todo lo relativo a “*su creación y validez*” dependen y siguen dependiendo del Derecho Internacional. Esas normas encuentran su fuente en el Derecho Internacional, y la Constitución, respecto de ellas, se encuentra vedada de disponer de su validez<sup>10</sup>.

8 “Fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga validez a estas, o sea, aquello en virtud de lo cual podemos decir que una norma jurídica existe y que es obligatoria. De este modo, si validez es sinónimo de existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas, fundamento de validez es lo que otorga la validez, o sea, lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las normas”. Squella Narducci, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 318.

9 Ver, Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, 2º edición ampliada y revisada, 2001, p. 114.

10 Dice Requejo Pages al respecto: “El argumento definitivo al que se suele recurrir para evidenciar la difícil, cuando no imposible, coexistencia entre los ordenamientos nacionales y el internacional consiste en oponer a todo intento de conmixtión entre ambos órdenes el principio de soberanía; principio que en su interpretación más asentada supone que las relaciones entre dos ordenamientos solo pueden conjugarse, alternativamente, en términos de subordinación o de

Así, para el derecho de los tratados, en razón de su propia condición de posibilidad, como veremos de inmediato, la validez de sus normas no va a depender en nada de las disposiciones internas, de las que son autónomas. Ellas van a ser válidas en la medida y en los términos que le señale el orden jurídico internacional<sup>11</sup>. “*El tratado no es generado por*

---

*absoluta independencia. Tan radical disyuntiva constituye el efecto necesario de una concepción de la soberanía en la que el principio se define como categoría fundadora de la validez de otras normas, razón por la cual la norma en que se materializa –la Constitución– aparece como única habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas, siendo así que las procedentes del Derecho Internacional solo disfrutarían de validez en la medida en que la Constitución lo decidiera y siempre que las mismas no contradijeran sus contenidos normativos. Se establece así una relación indisoluble entre validez y soberanía, caracterizada por el constreñimiento de los causes de producción de aquella a los expresa y directamente establecidos por la Constitución. Ello no obstante, aunque tal relación es, en principio, jurídicamente correcta, no basta por sí sola para dar cuenta de la existencia de otras vías de juridificación. Y ello porque, si bien es cierto que la aplicabilidad de toda norma presupone su validez y que por lo común la norma determina las condiciones de aplicación de otras normas establece también los procedimientos de generación de normas válidas, no es menos cierto que la Constitución, como norma suprema, puede perfectamente remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez (la internacionales) para que sean ellas las que determinen las condiciones y los supuestos en los que pueden generarse determinadas normas que, una vez dotadas así de validez, resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución”. Ver, Requejo Pages, op. cit., pp. 44 y 45.*

11 En relación al fundamento de validez de la norma internacional, o su “fuente del derecho”, en una de las acepciones que tiene esa expresión, tradicionalmente se ha dicho que “no hay más normas jurídicas internacionales que las creadas por los tratados y la costumbre”. De acuerdo a dicha esa doctrina ‘consensualista’ “todo el derecho internacional es producto de un acuerdo de voluntades entre Estados que deriva su validez del principio superior *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga)”. Acuerdo que puede ser expreso, en el caso de los tratados, o tácito, en el caso de la costumbre.

De esta suerte, dos serían las fuentes del derecho internacional (tomado esta vez la expresión como modos de expresión de las normas jurídicas internacionales): los tratados y las costumbres.

Sin embargo, de acuerdo a una concepción *realista* del derecho internacional, que parte de la base “de la práctica de los Estados y decisiones de los tribunales internacionales”, este está integrado por otros elementos que van más allá de la voluntad de los Estados. El mismo artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala que al decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. De este modo, si bien es cierto que los tratados y la costumbre “constituyen la base más importante y objetiva del derecho internacional... hay otros principios y elementos legales subsidiarios que también integran el derecho internacional: los principios generales de derecho, ciertas normas creadas por decisiones de organismos internacionales, la jurisprudencia internacional, la doctrina y los principios de equidad”. Ver, Benadava, Santiago,

*una fuente de derecho interna, sino por fuente internacional, por tanto su validez y vigencia se rigen por normas de derecho internacional*”, ha afirmado Humberto Nogueira<sup>12</sup>.

Y ello no puede ser de otro modo desde el momento que los principios que fundan y hacen posible el derecho de los tratados –me refiero a las normas de *jus cogens Pacta Sunt Servanda* y buena fe, recogidos en los Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos sobre *observancia* de los mismos; como, también, en virtud de la doctrina de los actos propios<sup>13</sup>– sitúan a los tratados por sobre el ordenamiento interno; de ahí que sus disposiciones no pierdan validez ni aplicabilidad frente a una eventual modificación legal e incluso constitucional del Estado Parte<sup>14, 15</sup>.

---

*Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 22. A lo que habría que agregar a estas fuentes las normas imperativas de *jus cogens* según está definida el artículo 53 del Convenio de Viena sobre los Tratados.

12 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, en *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Editorial Universidad de Talca, 2005.

13 Es interesante al respecto lo señalado por el voto del Ministro de la Corte Suprema Argentina, doctor Antonio Boggiano, en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004. Dijo el Ministro: “Que los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantiene toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y estas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “Giroldi” de Fallos: 318: 514, considerando 11). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados - Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (causa “Arce” de Fallos: 320:2145, considerando 7°)”.

14 Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos. Fundación de Derechos Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

15 Al respecto Gil Domínguez ha indicado lo siguiente: “El concepto de validez (en sus diversas acepciones) permite establecer en forma completa el fundamento de un sistema de normas que puede reconducir su existencia formal y sustancial hacia una norma positiva superior”. “El problema se presenta cuando confluyen diversos sistemas normativos derivados de normas primarias distintas. En este supuesto, la validez resulta insuficiente como elemento integrador de normas que pertenecen a sistemas jurídicos con existencia independiente. Mediante la validez podemos determinar el conjunto de normas que integran un sistema, pero no podemos inferir la validez de las normas de un sistema distinto (que tendrá sus propios criterios de validez). En este punto, podemos afirmar que el concepto de validez es autorreferencial (solo opera en el interior del

En efecto, el principio básico que funda y hace posible el derecho internacional de los tratados son los contenidos en el Convención de Viena, expresados en sus artículos 26. “*Pacta sunt servanda*”: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, y 27 “*El derecho interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, los cuales, ambos, consagran la aplicabilidad preferente de las normas internacionales sobre las normas internas. Principios normativos aplicables a los tribunales internacionales, pero, también, y esto es lo importante aquí, a los nacionales, so pena de incurrir en “*una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico*”<sup>16</sup>. Conclusión que tiene la mayor importancia a la hora de establecer las *condiciones de aplicabilidad* de las normas de origen internacional integradas al sistema nacional, por cuanto ellas mismas disponen por sí mismo “*la forma en que deben ser aplicadas una vez que los Derechos nacionales las han convertido en aplicables*”<sup>17</sup>. Es decir, una vez integradas esas normas internacionales al sistema nacional, es nuevamente el Derecho Internacional el que determina la manera en que deben ser aplicadas,

---

*propio sistema*)”. Para Gil una forma de superar el problema planteado “*es acudir a una categoría conceptual distinta de la validez*”. “*De esta manera emerge la aplicabilidad, que significa como una condición y en virtud de la cual una norma forma parte de un ordenamiento sin depender en su validez de la norma de articulación de los sistemas normativos concurrentes (la Constitución)*”. Una Constitución que abra sus puertas a un sistema externo solo puede validar las normas creadas a través de procedimientos de producción normativas establecidos por dicha norma superior, pero no puede erigirse como fundamento de las normas sistematizadas alrededor de otra norma constitutiva. Respecto de estas, los órganos constituidos solo pueden resolver la aplicabilidad y, llegado el caso, el régimen concreto de aplicación. En estos supuestos, el Constituyente parte de la base de una validez presupuesta e indisponible sobre la cual no cabe pronunciamiento alguno de parte de los órganos jurisdiccionales. De esta manera, se arriba a un ordenamiento que es el resultado de la conjugación de una pluralidad de sistemas normativos conducidos a la unidad e integración mediante una *Constitución que cumple el rol de norma sobre aplicación de normas*. De la Constitución dependerá, en el campo de la validez, las normas integradas en el sistema normativo instaurado por aquella en su condición de norma positiva superior. También dependerá de ella, ya no dentro del ámbito de la validez sino de la aplicabilidad, las normas de los sistemas que, conformados por normas positivas superiores distintas de las formalizadas en la Constitución, sean tenidas por esta como normas aplicables a los fines de organizar el ejercicio de la fuerza (aunque tratándose de normas derivadas de sistemas normativos externos, la decisión constituyente en punto a la aplicabilidad no se extenderá a las condiciones de su régimen de aplicación). Ver, Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Editorial Ediar, 2005, pp. 39-40.

16 Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. II-25.

17 Requejo Pages, Juan Luis, *op. cit.*, p. 51.



según sus propias normas de observancia y, como veremos más adelante, también de interpretación.

Por otro lado, desde otro punto de vista, el Estado, al incorporar un tratado internacional al Derecho Interno, en ejercicio de su soberanía, el mismo se autoimpone la prohibición de dictar normas que atenten contra la aplicabilidad y eficacia de las disposiciones del instrumento internacional, incluso a nivel de normas constitucionales; salvo, por supuesto, que recurra a la denuncia del tratado de acuerdo a las reglas del sistema internacional<sup>18</sup>.

Pero aclaremos esa cuestión de inmediato. En relación a tratados internacionales que reconocen derechos humanos, esta posibilidad, el de denunciarlos, me refiero, está vedada mientras se mantenga el artículo 5 ° inciso 2° de la Constitución (además, dado el alto quórum que exige la Carta para la derogación o modificación de ese artículo, y por tratarse de una materia tan sensible políticamente, la incorporación de los derechos humanos incorporados en los tratados respectivos es virtualmente irreversible). Como ha dicho Nogueira: “*no es posible eliminar los derechos humanos y sus garantías ya incorporados al ordenamiento jurídico, ya que tales derechos limitan la soberanía, vale decir, la potestad constituyente derivada y los poderes constituidos, como lo ha sostenido la jurisprudencia uniforme de la Excm. Corte Suprema de Justicia*”<sup>19</sup>.

Con la reforma a la Constitución del año 2005 todo lo dicho hasta ahora encuentra un fuerte respaldo normativo. El actual inciso sexto del artículo 54 N° 1 consagra precisamente la intangibilidad de las cláusulas de un tratado internacional ratificado por Chile, en una expresión manifiesta de *constitucionalización del derecho internacional*, en relación a su principio más básico que le atribuye primacía sobre el derecho interno<sup>20</sup>.

18 “Ello implica en la práctica que, un tratado incorporado validamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establece un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material, no formal), estableciendo una equivalencia de rango normativo, especialmente en los tratados sobre derechos humanos, tal como establece la Constitución en su artículo 5° inciso 2°”. Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional*, op cit., p. 72.

19 *Ibid*, p. 394.

20 **Bidart Campos, Germán**, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, EDIAR, 1995, p. 468.

Señala la norma: “*Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional*”<sup>21</sup>. Con ello, ahora de manera indudable, queda consagrado el deber del Estado de Chile de cumplir sus obligaciones mientras no se concrete un acto válido y legítimo en el derecho internacional que desvincule al Estado Parte de las obligaciones contenidas en el cuerpo normativo del tratado<sup>22</sup>, lo cual le está vedado en materia de derechos humanos, como ya dijimos, desde el momento que ellos constituyen un límite a la soberanía según la propia Carta Fundamental. De ahí que no solo prevalezca la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna posterior, cualquiera que sea, sino que incluso inhibe al Tribunal Constitucional a declarar la inaplicabilidad de las normas contenidas en un tratado<sup>23</sup>, limitando el control de constitucionalidad de los tratados solo al control preventivo<sup>24</sup>.

---

21 Esa norma fue propuesta por moción de los senadores de derecha, señores Chadwick y Romero, con el objeto de “establecer la primacía de las normas de los tratados internacionales y otras normas de menor jerarquía”. La moción original señalaba lo siguiente : “*Los tratados internacionales, una vez promulgados y publicados, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y una vez en vigor, prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional*”. Nótese que la primera parte del inciso de manera indirecta, pero clara, dejaba a los tratados por debajo de la Constitución. Ver, Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, Debates, Informes*. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 281.

22 Nogueira Alacalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, pp. 387-388.

23 Al respecto, la Junta de Gobierno a raíz de la modificación de la Constitución Política del año 1989, en el Informe de la Primera Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, 12-6-89, se señala que: “*cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales*”, p. 75. Citado por María Teresa Infante, “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, Vol. 23 N° 2 y 3. Tomo I, pp 277-297.

24 Para Hugo Llanos Mansilla, con lo prescrito en el artículo 54 N° 1, en relación a que solo las disposiciones de un tratado pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo al propio tratado o al derecho internacional, pone fin a la equivalencia que para algunos había entre la ley y los tratados, consagrando la norma constitucional “*la supremacía del tratado internacional sobre la ley chilena*”. Ver, del autor, “Los Tratados y la Reforma Constitucional”, *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2005, p. 378.

## 2. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Los tratados internacionales de los derechos humanos tienen características propias que los diferencian de los tratados celebrados entre los Estados para regular sus relaciones comerciales, fronterizas u otras. En unos, los tratados clásicos, prima el interés particular de cada Estado que los lleva a pactar acuerdos con otros en beneficio mutuo, donde la voluntad y los intereses de los Estados contratantes son la medida de la existencia y alcance del acuerdo, y dan origen a derechos y obligaciones mutuamente exigibles en el ámbito de sus relaciones internacionales. En los otros, los tratados de derechos humanos, la situación es diferente. Veamos.

En primer término, como lo ha puesto de relieve Bidart Campos, lo que caracteriza y distingue a los tratados de derechos humanos de los tratados clásicos o comunes (los cuales se desenvuelven en el ámbito internacional), es que los tratados de derechos humanos “*tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del Estado*”. Precisamente, en razón de los principios de buena fe en su cumplimiento y de interpretación conforme a su finalidad, esos tratados no solo obligan al Estado respectivo internacionalmente sino que también, y principalmente, obligan al Estado a nivel interno<sup>25</sup>.

Así, no obstante que el derecho internacional de los derechos humanos provenga de una fuente externa, el Estado hace suya dicha legislación, incorporándola. Lo cual no significa que un derecho reemplace a otro. Lo cierto es que lo completa y lo fortalece desde el momento en que ambos se fundan en el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, a la cúspide de la pirámide del ordenamiento jurídico nacional, que representa la Constitución Política, se superpone, potenciándose la cúspide del derecho internacional, que también tiene a los derechos humanos aludidos en la Carta de Naciones Unidas en su vértice<sup>26</sup>.

25 Bidart Campos, Germán, *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Editorial EDIAR, 1994, pp. 78-79.

26 *Ibid*, pp. 75 y 76. Para Bidart Campos el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, que hace prevalecer las obligaciones que ella impone por sobre todo otro pacto que los Estados miembros puedan celebrar, hacen del Capítulo I de la Carta (Propósitos y Principios), y de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que ahí alude, y luego enunciados en la Declaración Universal de 1948 y en la serie de tratados de derechos humanos, la “*cima de la pirámide internacional*”.

En segundo término, hay otra característica que vale la pena resaltar y que dice relación con el orden público internacional que dichos tratados vienen a configurar, en razón del plexo de valores, principios y normas que los Estados adhieren con la suscripción de esos pactos. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en ellos “*los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención*”. “*En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones*”, agrega el mismo Tribunal<sup>27</sup>.

De ahí que deba ser trazada una esencial distinción “*entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes*”<sup>28</sup>, y de naturaleza objetiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado la naturaleza diversa de los tratados de derechos humanos a los de tipo tradicional, dando cuenta de las características aquí mencionadas, de lo cual se sigue también un tratamiento y forma de interpretación también diferente. Dice la Corte:

*29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de*

---

27 Opinión consultiva CID Recueil 1955, p. 23, citado en Nogueira Alcalá, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*, p. 91.

28 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement*, I. C.J. Reports 1970, pág. 3. Citado en sentencia de la Corte Suprema Argentina en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004.

*tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un **orden legal** dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de **carácter objetivo**, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes<sup>29</sup>.*

La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, “*que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un **orden público común** de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho*”<sup>30, 31</sup>.

Así, dadas estas características anotadas, el derecho internacional de los derechos humanos se erige como orden jurídico superior que rige la relación a los Estados con sus habitantes<sup>32</sup>, y que en caso de

29 “Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4, pág. 140. (Los destacados en el texto citado son del autor).

30 *Ibid.*, pág. 138

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) (Los destacados en el texto citado son del autor).

32 **A propósito de lo mismo, Cançado Trindade ha señalado** : “*Los tratados de derechos humanos, en suma, se erigen sobre premisas distintas de los tratados clásicos (que reglamentan*

contradicción desplaza al derecho interno de cada país, el que frente a él es meramente un hecho<sup>33</sup>. Lo cual no puede ser de otra manera, como verbigracia para los países que han suscrito el Pacto de San José de Costa Rica y aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el momento que han suscrito un cuerpo normativo compulsivo, que obliga plenamente, y que consagra derechos humanos inmunes a la soberanía. Derechos fundamentales cuyas transgresiones son materia de juzgamiento, y eventual condena, por un tribunal internacional y que configuran un orden público común entre los Estados Partes<sup>34</sup> que no es posible volver a “nacionalizar”<sup>35</sup>.

Esta supremacía del derecho internacional se manifiesta de manera palpable en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Barrios Altos* y en el *Caso Almonacid Arellano*, en donde a propósito de delitos de lesa humanidad<sup>36</sup>, el tribunal declaró que **carecían de efectos jurídicos**<sup>37</sup> las leyes de amnistía dictadas en Perú y Chile, como, también, resultaban inadmisibles las disposiciones

---

*intereses recíprocos entre las partes), inspirados en la noción de garantía colectiva de los derechos del ser humano y dotados de mecanismos de supervisión propios, que requieren una interpretación y aplicación guiada por los valores comunes superiores que abrigan*. Por ello es que los tratados de derechos humanos “prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivos, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u orden public que trasciende los intereses individuales de las Partes Contratantes”. Ver, Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile 2006, pp. 28-40.

33 El Agente del Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró a propósito del Decreto Ley de Amnistía : “Yo quiero que quede bien claro y vuelvo a repetir acá, el Estado de Chile no está haciendo una defensa del Decreto Ley de Amnistía. Por el contrario, nosotros no consideramos que el Decreto Ley de Amnistía tenga valor, ni ético ni jurídico”. Alegatos orales del Estado en audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2006 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver, *Caso Almonacid Arellano*. Párraf. 92. Sentencia de 26 de septiembre de 2006

34 Gordillo, *op. cit.*, p. III-7,8.

35 Gordillo, *op. cit.*, p. III-1.

36 **Delitos de lesa humanidad según normas de jus cogens**, cuya violación “conmueve la conciencia de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”, normas que no se encontraban consagradas como tal en una norma convencional pero que igualmente regían al momento de los hechos.

37 Así, en la sentencia, en sus puntos resolutivos declaró que “Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado”. *Caso Almonacid*, párrafo 171. En el mismo sentido *Caso Barrios Altos*, párraf. 51, N° 4.

de prescripción y, en general, “*el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”<sup>38, 39</sup>. Más aún, señaló expresamente que el hecho de que esas normas se hubieran adoptado de acuerdo o en contravención al ordenamiento jurídico interno de esos países, resultaba “*indiferente para estos efectos*”<sup>40</sup>. “*La Corte, señaló la sentencia, es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la*

38 Ver, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41. También, *Caso Almonacid Arellano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párraf. 117.

39 La Corte señaló: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del Sr. Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, puesto que el Estado está en la obligación de dejar sin efecto el citado Decreto Ley (supra, párr. 144). Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio non bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. También dispuso: “Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”. *Caso Almonacid Arellano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 150 y 119. En el mismo sentido *Caso Barrios Altos*, párr. 44: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)”.

40 Señaló la Corte en el párrafo 120 del *Caso Almonacid*: “Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar. También, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr., 26 y 27.



*ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>41, 42</sup>.*

De ahí que no pueda haber lugar a dudas acerca de la superioridad de un ordenamiento por sobre otro, especialmente cuando los Estados han resuelto regular sus actuaciones en materia de derechos humanos a un orden jurídico supranacional, y han sometido a un tribunal internacional la aplicación de dicho derecho con competencia para sancionar al propio Estado, incluso declarando inválidas las normas de su derecho interno que no se adecuen a las normas internacionales y ordenando su inaplicabilidad a futuro<sup>43</sup>. Lo cual no es contradictorio

---

41 Caso *Almonacid Arellano*, párr. 124. (Los destacados en el texto citado son del autor)

42 Asimismo la Corte Interamericana ha señalado que “el deber general del artículo 2 de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Ver, Caso *Caesar*, párr. 91; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 219; Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”, párr. 206; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 78, Caso *Yatama*, párr. 189.

43 La Corte Suprema de Justicia de Chile así lo ha reconocido al señalar que: “... El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido”. “Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que



con el rol asignado a la Constitución Política como fuente primera del ordenamiento jurídico, por cuanto es ella misma la que consiente remitirse a la normativa internacional y sujetarse así a un orden normativo superior, que por lo demás no lo reemplaza sino que lo complementa vigorizando su fuerza normativa<sup>44</sup>.

### 3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece una serie de reglas de interpretación de los tratados, las que tienen por objeto central conocer el sentido del texto de los instrumentos internacionales correspondientes, texto que se presume constituye la expresión auténtica de las intenciones de las partes y sirve de base para determinar el objeto y fin del tratado de que se trata.

La primera regla que establece dicho Convenio, es una norma general y que está contenido en su artículo 31, párrafo primero, que establece:

*“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”.*

El sentido “corriente” de los términos no necesariamente es el “evidente de por sí” de acuerdo a su uso habitual, “sino que debe establecerse para cada término, dentro del conjunto de todo el tratado”<sup>45</sup>. Como indica el artículo 31.4 de ambos Convenios de Viena, solo se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por su parte, la buena fe se erige en un componente fundamental de la interpretación de los tratados, y comprende y califica el principio

---

*impiden sean desconocidos”.* Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998. Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º. Citado por Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, Tomo I, p. 236.

44 Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y ...*, pp. 261, 266 y 267.

45 *Ibid.*, p. 310.

de eficacia, o del efecto útil que deben tener las disposiciones de los tratados.

Asimismo, el objeto y fin del tratado, elemento teleológico, es un componente normativo decisivo a la hora de interpretar los tratados, y que si bien por regla general no puede ir en contra del “sentido ordinario” de los términos a interpretar en un tratado, ello sí es posible en relación a tratados que persigan una *finalidad humanitaria* como veremos más adelante<sup>46</sup>.

Ahora bien, para los efectos de dilucidar el “contexto” de un tratado, reviste fundamental importancia lo relativo a otras normas de derecho internacional general o particular aplicables al caso. El Tribunal Internacional de Justicia ha indicado que “*un instrumento internacional tiene que ser interpretado y aplicado dentro del marco del completo sistema jurídico prevaleciente en el momento de la interpretación*”<sup>47</sup>. De ahí que el sentido y alcance de sus términos depende del actual Estado de desarrollo del derecho internacional en el momento de su interpretación, según el llamado *principio de progresividad*.

Principio de progresividad del orden jurídico internacional que el mismo Tribunal ha sancionado con la interpretación evolutiva de los tratados internacionales en razón de la innovación general del derecho:

[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido

---

46 Dice Mariño Menéndez “*la finalidad humanitaria de ciertos tratados ha permitido la adopción de decisiones de aplicación por órganos internacionales que, a pesar de sobrepasar efectivamente el indicado sentido ordinario, no violentan los principios y directrices generales en materia de interpretación. La decisión del Tribunal Europeo de derechos humanos en el asunto Golder, así como decisiones de la Comisión Europea de derechos humanos, van en ese sentido*”. *Op. cit.*, p. 311.

47 Dictamen sobre Namibia, citada por Mariño Menéndez, *op. cit.*, p. 314.

considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones<sup>48</sup>.

De la misma manera se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ahora en relación a los tratados de derechos humanos, donde este aspecto cobra una importancia decisiva:

113. [...] al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31) [...]
114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte... como la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.
115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los

---

48 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; pág. 16 ad 31). Citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 113, *Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999*.

derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo<sup>49 50</sup>.

A esta característica de los derechos humanos, expresada en las normas de interpretación de los tratados internacionales, en cuya virtud el contenido de ellos se van ampliando a propósito de los diversos tratados y convenciones que van creándose –“otorgándoles un “plus” sobre las normas anteriores, retroalimentándose recíprocamente”<sup>51</sup>–, como también a merced de la evolución general del derecho y la jurisprudencia, se suman otros principios de interpretación autónomos en relación a los derechos humanos, de aplicación tanto a nivel internacional como en el ámbito interno.

Entre ellos destacan los siguientes principios de interpretación<sup>52</sup>:

- i. Los principios “*pro cives*”, “*favor libertatis*” o “*pro homine*”, que mandan aplicar siempre la disposición más favorable a los

---

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999.

50 Y en el mismo sentido se pronunció dicha Corte en las sentencias *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, al señalar: “Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”. Fallos *Caso De La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 146 a 148, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 125.

51 Nogueira señala que hay diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados». El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, en el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4º; la Convención sobre la Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41; entre otras. Ver, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” [en línea], *Revista Ius Et Praxis*, 2003, Vol.9, No.1. p.403-466. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso)

52 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op cit*.

derechos de las personas, por lo que se debe elegir la norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, “*no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno*”. Asimismo, el principio exige al intérprete a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos<sup>53</sup>.

- ii. “*El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos que determina que el juez nacional debe interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando este fije un “plus” sobre el derecho nacional; a su vez, el juez internacional debe considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional*”<sup>54</sup>.
- iii. El principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que estatuye que los derechos forman parte de un sistema, “*donde todos ellos son interdependientes, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos solidarios, donde todos ellos deben ser preservados armónicamente, sin perjuicio de su debida ponderación en los casos específicos*”<sup>55</sup>.
- iv. El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos, que presume la ejecutabilidad de las disposiciones que consagran derechos humanos, “*excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes*”

53 La Convención Americana de Derechos Humanos expresa este principio al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno*” (artículo 29, literal c) o para: “*excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*” (artículo 29 literal d). De acuerdo al juez García Ramírez este primer criterio de interpretación encuentra su fundamento jurídico en el principio de buena fe y en el de finalidad. Ver, Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

54 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

55 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

*subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas*<sup>56</sup>.

- v. El principio de interpretación teleológica o finalista en materia de derechos esenciales, que prescribe que *“el tribunal nacional o internacional debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último que es la protección más efectiva posible de los derechos”*<sup>57</sup>.
- vi. Y, por último, el principio de interpretación restrictiva, que señala que *“las normas jurídicas que limitan o restringen el ejercicio de los derechos deben interpretarse siempre en sentido restrictivo”, lo que implica que tales limitaciones no pueden extenderse “más allá de lo que se autoriza expresamente, ni pueden extenderse analógicamente a otros derechos”*<sup>58</sup>.

Expresión notable de estos principios en materia de derecho internacional de los derechos humanos lo constituye la norma del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual funda de manera muy clara la retroalimentación de las distintas fuentes de derecho para obtener la maximización de un “sistema de derechos” que no se limita al ordenamiento interno de cada país, sino que se abre al derecho internacional en sus diferentes formas de producción de normas<sup>59</sup>. Así, haciendo una sistematización de lo que ese artículo clave dispone, es posible sostener que: 1) el derecho internacional prima sobre el nacional cuando el primero es más favorable; 2) el

---

56 Ver, Araya Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 85.

57 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

58 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

59 El Artículo 29 señala: “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”.

derecho interno es válido y prima respecto del internacional cuando el primero más favorable (incorporando al derecho interno como fuente del derecho internacional); 3) si el Estado de que se trate es parte en un convenio que reconoce un derecho de manera más favorable que la Convención Americana, predomina esa disposición más favorable; 4) la misma regla se aplica cuando ese derecho reconocido de manera más favorable está contenido en una declaración internacional u otro instrumento internacional similar; y 5) la misma regla es aplicable respecto de otros derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Es decir, el artículo 29 de la Convención Americana abarca un espectro amplísimo de fuentes, en donde con ocasión de la interpretación de las normas contenidas en el Pacto, es posible remitirse a prácticamente todas las disposiciones que estén dentro del campo de aplicación de la norma que reconoce el derecho fundamental, o se relacionen con este (campo de aplicación cuyos contornos también pueden ser ampliados de acuerdo con la evolución del sentido y alcance que se dé a los términos utilizados), constituyendo al órgano jurisdiccional que aplica el Convenio, tanto internacional como nacional, en una jurisdicción muy vasta y con una variadísima posibilidad de ejercer su función, y encontrar la solución más acorde con la defensa de la dignidad del hombre en los casos que le toca conocer<sup>60</sup>.

#### **4. LA INTERPRETACIÓN INTERNA DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA**

Ahora bien, como hemos venido señalando, de la misma forma que la aplicación de las normas de una convención internacional prima sobre la normativa interna de cada país en que debe ser aplicado, cuando este es más favorable, también la interpretación de los tratados internacionales en el ámbito nacional debe ser fiel a las reglas de interpretación de los tratados (que se han *internalizado*) y debe –además– ceñirse a la jurisprudencia de los órganos internacionales llamados a aplicarlos<sup>61</sup>. Como lo ha puesto de relieve el juez de la

60 Ver, Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y...* pp. 84-85.

61 Ha sido reconocido por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 5 de enero del año 2004, que se ciñó a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicha

Corte Suprema argentina Antonio Boggiano, “*de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional*”. “*Precisamente el fin universal de aquellos tratados solo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional, lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio*”, agrega<sup>62</sup>.

De esta suerte, por tanto, y precisamente porque estamos frente a un *sistema* que debe guardar coherencia entre sus partes como pone de relieve el magistrado argentino, a la interpretación evolutiva de los preceptos de un tratado necesariamente se le debe agregar una interpretación uniforme o coincidente en cada uno de los países en que debe ser aplicado, de acuerdo a los dictámenes de los órganos instituidos por el mismo tratado para su supervigilancia. Y ello no solo cuando a los tribunales internos les toque interpretar disposiciones específicas contenidas en los tratados internacionales, lo que en la práctica es poco habitual, sino que cada vez que tengan que interpretar normas (internas) que reconozcan derechos humanos sobre los cuales existe jurisprudencia internacional que les haya fijado un determinado sentido y alcance. Y ello es importante porque los derechos reconocidos por los tratados están por lo general reconocidos también a nivel interno, en las constituciones y leyes respectivas, cuestión que no puede servir de excusa para que los tribunales, a propósito de la interpretación de una norma “nacional”, les den un tratamiento diverso de lo señalado por la jurisprudencia internacional a esos derechos.

---

sentencia ha sido comentada por el profesor Humberto Nogueira en los términos siguientes: “*La Corte de Apelaciones de Santiago considera como interpretación fidedigna y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos, aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que asume como parámetro interpretativo de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, concretando fidedignamente la obligación de los órganos del Estado Partes de la Convención, de cumplir de buena fe las obligaciones que emanan de ella ...*”. Nogueira Alcalá, Humberto, “Una senda que merece ser transitada: la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez”, *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 2, pp. 235-236. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile.

62 Voto del Ministro de la Corte Suprema Argentina, doctor Antonio Boggiano, en la causa “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”, de 24 de agosto de 2004, *op. cit.*



Por ende, podemos decir ya con propiedad, que partiendo de un acto voluntario del Estado como es la ratificación de un tratado de derechos humanos, como en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado se adhiere a un orden normativo objetivo, que mira a la satisfacción de determinados mandatos jurídicos que conforman un orden público internacional de cara a la defensa de las personas. Orden normativo que se integra con las normas contenidas en el Pacto de San José, que incorporan además a los derechos consagrados en otros convenios o declaraciones internacionales, a los derechos inherentes a la persona humana, al mismo derecho interno de los Estados partes cuando la legislación sea más favorable y, también, a la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales que tienen a su cargo la supervigilancia de dichos tratados. Todo lo cual constituye un sistema normativo de aplicación obligatoria para los órganos jurisdicciones de cada uno de los Estados Partes, aparte de su vigencia en el orden internacional.

## **5. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS INDÍGENAS**

Llegado ya a esta conclusión, resta referirse a lo que ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación a denuncias interpuestas por personas y comunidades indígenas sobre violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana.

Las sentencias que se han dictado hasta ahora son las de los casos 1) *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001; 2) *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, de 29 de abril de 2004; 3) *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005, 4); *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; 5) *Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005; y 6) *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006.

La jurisprudencia al respecto, en una apretada síntesis, ha resuelto lo siguiente:

**a. En relación al Derecho a la Propiedad Privada (artículo 21 de la Convención)<sup>63</sup>:**

- i. Por la palabra “bienes” se entiende aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor<sup>64</sup>.
- ii. Lo que protege el artículo 21 de la Convención Americana es el “uso y goce de los *bienes*” y no exclusivamente la “propiedad privada”<sup>65</sup>.
- iii. Al analizar los alcances del artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>66</sup>.
- iv. El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal<sup>67</sup>.
- v. La estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana<sup>68</sup>.

---

63 El artículo 21 de la Convención Americana establece que:

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.*

64 **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni**, párr. 144.

65 *Ibid.*, párr. 145.

66 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párrs. 127-130.

67 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 148.

68 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 137.

- vi. La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado<sup>69</sup>.
- vii. La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro<sup>70</sup>.
- viii. La existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas a sus territorios exige la realización efectiva de ese derecho<sup>71</sup>, mediante la delimitación, demarcación y titulación de su territorio por parte del Estado.
- ix. El Estado debe adoptar en su derecho interno todas 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, usos y costumbres de ellas<sup>72</sup>.
- x. Mientras no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, el Estado debe abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de las comunidades indígenas<sup>73</sup>.

#### a. 1 La relación de los indígenas con la tierra

- xi. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>74</sup>.
- xii. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un

69 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 128.

70 *Idem*.

71 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 140.

72 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 138.

73 *Ibid.*, párr. 153.

74 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 149. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 131.

elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>75</sup>.

- xiii. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>76</sup>.

#### a.2 Conflictos con la propiedad de terceros

- xiv. En caso de que las tierras reclamadas por los indígenas estén en manos de particulares, tanto la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas como la de los particulares están bajo la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana.
- xv. El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno, necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho<sup>77</sup>.
- xvi. Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe<sup>78</sup>.
- xvii. Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad<sup>79</sup>.

---

75 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 149.

76 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 135.

77 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párr. 143.

78 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párr. 128.

79 *Idem*.

- xviii. La posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas<sup>80</sup>.
- xix. El derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece mientras subsista su relación con sus tierras tradicionales como base espiritual y material del pueblo indígena de que se trata. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá<sup>81</sup>.
- xx. Además, esa relación con la tierra debe ser posible, aun cuando por obstáculos involuntarios no puedan desarrollar sus actividades tradicionales en ellas. En ese último caso se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan<sup>82</sup>.
- xxi. La Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional del pueblo indígena de que se trate está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado Parte. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros del respectivo pueblo indígena<sup>83</sup>.
- xxii. Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>84</sup>.
- xxiii. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el

80 *Idem*.

81 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 131.

82 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 132.

83 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 136.

84 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 144.

- otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural<sup>85</sup>.
- xxiv. 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<sup>86</sup>.
- xxv. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.
- xxvi. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para estas<sup>87</sup>.
- xxvii. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos, no quedan sujetos a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuados con los pueblos

---

85 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 146.

86 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 147.

87 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 149.

- interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario<sup>88</sup>.
- xxviii. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Para ello deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la comunidad en cuestión, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la comunidad indígena no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad<sup>89</sup>.
- xxix. El mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias<sup>90</sup>.
- xxx. El hecho de que las tierras reclamadas por los indígenas estén siendo explotadas y en plena productividad no constituye una razón para negarle la restitución de las mismas dadas las peculiaridades propias de dichos pueblos<sup>91</sup>.
- xxxi. La aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana como son las referidas a la obligación de restituir las tierras indígenas<sup>92</sup>.

88 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 151.

89 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 212.

90 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 138.

91 *Idem*.

92 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 140.

**b. En relación al Derecho a la Integridad Personal (artículo 5° de la Convención)**

- xxxii. La conexión de las comunidades (afrodescendientes) a sus tierras tradicionales reviste vital importancia espiritual, cultural y material. Para que puedan preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de las comunidades deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales.
- xxxiii. La pérdida de las tierras acarrea sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico, lo que constituye una violación por parte del Estado a la integridad física, psíquica y moral<sup>93</sup>.

**c. En relación al Derecho de Circulación y de Residencia (artículo 22 de la Convención)**

- xxxiv. Una situación que constituya una restricción de facto a volver a las tierras tradicionales de las comunidades (afrodescendientes), verbigracia un miedo fundado que los aleja de su territorio ancestral, constituye una afectación a la libertad de circulación y residencia.

**d. En relación al Derecho a la Protección Judicial (artículo 25 de la Convención) y a las Garantías Judiciales (artículo 8 de la Convención)**

- xxxv. Los procedimientos (administrativos o cualquier otro) para solucionar la reivindicación de tierras indígenas se deben desarrollar con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y deben constituir un recurso efectivo para asegurar los derechos de los solicitantes<sup>94</sup>.
- xxxvi. Es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales,

---

93 *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 101 y 103.

94 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 96 y 102. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaxa*, párr. 82.



así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres<sup>95</sup>.

**e. En relación al Derecho a la Vida (artículo 4 de la Convención)**

xxxvii. El hecho de que un Estado no haya garantizado el derecho de los miembros de una comunidad indígena a la propiedad comunitaria, afecta el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades<sup>96</sup>.

**f. En relación a los Derechos Políticos (artículo 23 de la Convención) y a la Igualdad ante la Ley (artículo 24 de la Convención)**

xxxviii. La participación política a través de partidos políticos no constituye una forma de organización propia de las comunidades indígenas (como es el caso de las que habitan en la Costa Atlántica de Nicaragua). El requisito de transformarse en partido político para participar un proceso electoral desconocería las costumbres, organización y cultura de los miembros de los pueblos indígenas<sup>97</sup>.

xxxix. La participación en los asuntos públicos mediante organizaciones diversas de los partidos políticos es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trata de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación<sup>98</sup>.

xl. Cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los

95 *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa*, párr. 63. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaya*, párr. 83.

96 *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa*, párr. 168. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaya*, párr. 164.

97 *Caso Yatama*, párr. 214.

98 *Caso Yatama*, párr. 217.

artículos 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos<sup>99</sup>.

- xli. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención<sup>100</sup>. En consecuencia, los requisitos que se establezcan en las leyes electorales deben permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que concierne a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha participación política<sup>101</sup>.

## CONCLUSIÓN

La fuerza vinculante o imperatividad jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en general, y en relación a los derechos indígenas en particular, deriva de la circunstancia de que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos se han sujeto a un orden jurídico supranacional, de carácter objetivo, que configura un sistema de derechos humanos coherente, y

---

99 *Caso Yatama*, párr. 220.

100 *Caso Yatama*, párr. 225.

101 *Caso Yatama*, párr. 259.

cuya finalidad es la protección más eficaz, amplia y favorable de los derechos fundamentales. Intérprete autorizado y último de este orden jurídico es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituida por el tratado para supervigilar su cumplimiento. Su jurisprudencia, en relación al alcance y sentido de los derechos humanos, es obligatoria para los firmantes del Pacto. De no ser así se rompería la necesaria unidad y coherencia del sistema de derechos humanos interamericano, y constituiría una vuelta atrás en la defensa y protección internacional de los derechos humanos; un retorno a la “*barbarie nacional*”, como ha señalado Agustín Gordillo.

A la loable actividad de la Corte Interamericana –y de quienes han presentado sus denuncias ante el sistema interamericano, permitiendo la muy notable jurisprudencia comentada aquí– es indispensable ahora desplegar un esfuerzo paralelo ante los tribunales internos, de modo de empapar a los órganos nacionales de esta rica fuente de derecho. Esta jurisprudencia debe servir de base fundante a los esfuerzos que se desarrollen en pos del ejercicio y efectiva vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en América.

## GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

FELIPE GÓMEZ ISA<sup>1</sup>

En los últimos tiempos se ha convertido en un tópico y en un lugar común el referirse a la globalización<sup>2</sup> y achacarle todos los males que aquejan actualmente a la humanidad. En este breve artículo vamos a intentar desentrañar las diferentes implicaciones de este complejo fenómeno que es la globalización, tratando de centrar nuestro análisis en las consecuencias que está acarreado para una adecuada protección de los derechos humanos, en general, y de los derechos de los pueblos indígenas, en particular. Asimismo, abordaremos las oportunidades que el proceso de globalización ofrece para la extensión de una verdadera concepción multicultural y cosmopolita de los derechos humanos<sup>3</sup>, en la que la cosmovisión indígena tiene un papel muy relevante que desempeñar. En último término, de lo que se trata es de caminar

---

1 Profesor de Derecho Internacional Público e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto.

2 De hecho, la literatura al respecto está siendo bastante abundante, sirviendo de pequeña muestra la siguiente: Aguirre, M.: *Los días del futuro. La sociedad internacional en la era de la globalización*, Icaria, Barcelona, 1995; García Canclini, N.: *La globalización imaginada*, Paidós, México, 1999; Ianni, O.: *La era del globalismo*, Siglo XXI, México, 1999; Giddens, A.: *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000; Jacques, M. (Ed.): *¿Tercera Vía o Neoliberalismo?*, Icaria, Barcelona, 2000; Held, D.; McGrew, A.; Goldblatt, D. and Perraton, J.: *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Polity Press, Cambridge, 1999.

3 Álvaro Bello califica al actual proceso de globalización como “paradójico” ya que, al mismo tiempo que está generando un impacto muy negativo para los pueblos indígenas desde el punto de vista económico y cultural, “se ha convertido en el principal espacio y vehículo para la difusión de los derechos de los pueblos indígenas”, en Bello, A.: “Globalización y Pueblos Indígenas”, *El Observador*, Boletín nº 2, junio de 2006, p. 4.

hacia lo que Boaventura de Sousa denomina una *globalización desde abajo*<sup>4</sup>, una globalización contrahegemónica y alternativa<sup>5</sup> en la que los protagonistas sean los movimientos y actores sociales de todo tipo que siguen pensando, como en el Foro Social Mundial, que *Otro mundo es posible*. Como señala este autor, las actividades que surgen de esta globalización cosmopolita incluyen, entre otras muchas, “*diálogos y organizaciones Sur-Sur, nuevas formas de internacionalismo proletario, redes transnacionales de grupos de mujeres, organizaciones indígenas y de derechos humanos, servicios legales alternativos transfronterizos, solidaridad anticapitalista Norte-Sur, ONGs de carácter transformador, redes de grupos que trabajan por un desarrollo alternativo y sostenible, movimientos literarios, artísticos y científicos en la periferia del sistema mundial en busca de valores culturales alternativos y no imperialistas...*”<sup>6</sup>.

Para ilustrar el creciente interés que ha despertado el fenómeno de la globalización, voy a reproducir a continuación las preocupaciones mostradas por los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York en la famosa *Cumbre del Milenio* celebrada en septiembre de 2000. En su opinión,

“... *la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en*

4 De Sousa Santos, B. and Rodríguez-Garavito, C.A. (Eds.): *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Ver en la misma línea Rajagopal, B.: *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

5 Sobre el papel de los pueblos indígenas en esta globalización alternativa y cómo ella puede alumbrar nuevos reconocimientos y nuevas prácticas en relación con los mismos, ver Correa, H. Darío.: “Derechos indígenas, globalización y derechos humanos: el reto del reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina”, en Aylwin O., J. (Ed.): *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas-Universidad de La Frontera, Temuco-Chile, 2004, pp. 140 y ss. Una crítica del proceso de reconocimiento de derechos si este no va acompañado de ciertos cambios en la estructura y en la naturaleza del Estado figura en Álvarez Molinero, N.: “From the theory of discovery to the theory of recognition of indigenous rights: conventional international law in search of homeopathy”, en Meckled-García, S. And Çali, B. (Eds.): *The Legalization of Human Rights. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Routledge, London, 2006, pp. 165-180.

6 V De Sousa Santos, B.: “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en Gómez Isa, F. (Dir.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 101.

*la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual... Consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos... se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa*<sup>7</sup>.

Uno de los aspectos que más nos tiene que llamar la atención es que la propia Asamblea General está clamando por una mundialización<sup>8</sup> “plenamente *incluyente y equitativa*”, lo que pone claramente de manifiesto que la actual globalización no camina por esos derroteros. Más bien al contrario, el actual proceso de globalización está caracterizado por ser un proceso generador de exclusión y de una profunda desigualdad, que afecta especialmente a los pueblos indígenas, lo que conlleva consecuencias muy serias para la protección de los derechos humanos tanto civiles y políticos como, sobre todo, económicos, sociales y culturales.

## 1. LA GLOBALIZACIÓN COMO PROCESO MULTIDIMENSIONAL

Aunque el proceso de globalización que más se conoce generalmente es la globalización económica, este fenómeno tiene también dimensiones sociales, políticas, ambientales, culturales, tecnológicas, que es necesario tener en cuenta para obtener una visión de conjunto que nos haga apreciar en su totalidad todas las ramificaciones y todas las posibilidades y oportunidades que ofrece este proceso<sup>9</sup>. El problema es que actualmente confundimos la globalización económica como la única globalización existente y, lo que resulta mucho más preocupante, la única globalización realmente posible. En este sentido, no podemos hablar exclusivamente de la globalización, sino que nos tenemos que referir necesariamente a las diferentes globalizaciones<sup>10</sup>. Como señala acertadamente José Antonio Estévez, “*lo que está aconteciendo en estos*

---

7 Declaración del Milenio, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

8 *Mundialización* es el término que se suele utilizar en los países de habla francesa para referirse a la globalización, siendo dos términos equivalentes.

9 Cfr. al respecto Martínez González-Tablas, A.: “Globalización: realidad multidimensional y mito”, *Mientras Tanto*, nº 70, 1997, pp. 85 y ss.

10 Bengoa, J.: “Prólogo”, en *Terre des Hommes: El derecho a la equidad. Ética y mundialización social*, Icaria, Barcelona, 1997, p. 21.

últimos años no es la globalización sino un tipo de globalización con unas características específicas y unos efectos extraordinariamente perversos”. A esta globalización de carácter fundamentalmente económico la denomina “globalización neoliberal”<sup>11</sup>. Estamos frente a una globalización que está teniendo unas consecuencias que hacen que se le llegue a calificar como una globalización *sesgada*<sup>12</sup>, dado que está acentuando de una manera dramática las disparidades tanto dentro de los países<sup>13</sup> como entre los diferentes países. Lo cierto es que la desigualdad global está aumentando en una proporción “que nunca con anterioridad había sido conocida”<sup>14</sup>. Una muestra evidente de esta creciente desigualdad son los datos que ofrece el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que señala que “la diferencia de ingreso entre el quinto de la población mundial que vive en los países ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 74 a 1 en 1997, superior a la relación de 60 a 1 de 1990 y a la de 30 a 1 de 1960”<sup>15</sup>. Como podemos comprobar, en un lapso de 30 años, de 1960 a 1990, la distancia entre el quinto de la población mundial que vive en los países desarrollados y el quinto que vive en los países subdesarrollados se había duplicado, y la tendencia sigue siendo hacia la profundización de la desigualdad. De seguir por este camino corremos el riesgo de que el mundo se convierta en un auténtico *Apartheid Global*<sup>16</sup> donde ricos,

11 Estévez Araujo, J.A.: “Ciudadanía cosmopolita versus Globalización neoliberal”, en Silveira Gorski, H.C. (Ed.): *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 285.

12 Dubois, A.: “Una globalización sesgada”, *Mientras Tanto*, nº 70, 1997, pp. 67-84.

13 Un análisis muy interesante de los efectos de la globalización dentro de los propios países, con una mención especial al caso español, se puede encontrar en Navarro, V.: *Globalización económica, poder político y Estado del Bienestar*, Ariel, Barcelona, 2000. Análisis muy similar referido a América Latina en Ruiz Vargas, B.: “Globalización de la economía y ampliación de la pobreza”, *El Bordo*, Universidad Iberoamericana, Tijuana, 2000, pp. 41-50; Urquidi, V. (Coord.): *México en la globalización. Condiciones y requisitos de un desarrollo sustentable y equitativo*, FCE, México, 1997.

14 Esta creciente desigualdad no se circunscribe a las cifras macroeconómicas, sino que afecta a cuestiones como la escolarización, el porcentaje de científicos y técnicos, las inversiones en investigación y desarrollo mientras que, sin embargo, “ha disminuido en esperanza de vida, nutrición, mortalidad infantil, acceso al agua potable...”, en Berzosa, C.: “El Subdesarrollo, una toma de conciencia para el siglo XXI”, en *Derechos Humanos y Desarrollo*, Mensajero-Alboan, Bilbao, 1999, pp. 22 y ss.

15 PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*, Mundi-Prensa, Madrid, 1999, p. 3.

16 Esta es una expresión utilizada por el profesor de la Universidad de Coimbra José Manuel Pureza, en Pureza, J.M.: *O património comum da Humanidade. Rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Ediciones Afrontamento, Oporto, 1998.

por un lado, y pobres, por otro, vivamos cada vez más separados por un auténtico muro de pobreza con escasas posibilidades de encontrar espacios comunes y de colaboración.

Esta situación de pobreza y desigualdad afecta especialmente a los pueblos indígenas en todo el mundo, que se encuentran “*entre las poblaciones con mayores índices de pobreza y más bajas posibilidades de desarrollo*”<sup>17</sup>. Un reciente estudio elaborado por el Banco Mundial demuestra de una manera que no deja lugar a dudas que los niveles de ingreso, al igual que los indicadores de desarrollo humano como la educación y las condiciones de salud, de los pueblos indígenas en América Latina “*han quedado sistemáticamente a la zaga en relación con los del resto de la población*”, a pesar de todos los esfuerzos realizados y a pesar de la proclamación del Decenio de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas (1994-2004)<sup>18</sup>.

Uno de los problemas fundamentales a los que nos enfrentamos a la hora de abordar el proceso de globalización neoliberal es que parece existir una creencia muy extendida en torno a su *inevitabilidad*. Se estima que nos encontramos ante una especie de proceso cuasi natural contra el cual no se puede luchar. Para los abanderados del neoliberalismo, nos hallamos ante una pura realidad técnica y científica que, tarde o temprano, se acabará imponiendo de una manera inexorable en todo el mundo. Uno de los exponentes más críticos de esto que se ha dado en llamar *pensamiento único*, Ignacio Ramonet, se ha rebelado contra este intento de naturalización de la globalización neoliberal, señalando que en realidad estamos frente a una construcción ideológica e interesada fruto de la ideología (algunos creemos que una auténtica idolatría) del mercado<sup>19</sup>. La misma opinión ha sido expresada por David Held, para quien el proceso de globalización no es un proceso inexorablemente determinado, sino que “*es discutible y está abierto a cambios políticos*”. La opción que defienden a ultranza las tesis neoliberales, postura hiperglobalizadora ha sido denominada por este autor, “*representa un*

---

17 Stavenhagen, R.: “Consideraciones sobre la pobreza en América Latina”, *Estudios sociológicos*, enero-abril 1998.

18 Hall, G. and Patrinos, H.A.: *Pueblos Indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, The World Bank, Washington, D.C., 2005.

19 Ramonet, I.: “El consenso de Porto Alegre”, *EL PAIS*, 12 de febrero de 2001, p. 11.



*proyecto político e intelectual concreto, pero no es el único*<sup>20</sup>, existen alternativas legítimas a este proceso que hay que discutir y que hay que tratar de defender si queremos evitar los efectos más perversos de la actual globalización. Por lo tanto, el problema no reside tanto en el proceso de globalización en sí mismo considerado sino en la deriva que ha tomado la actual globalización neoliberal, cuyo rasgo más característico es la existencia de, por utilizar una afortunada expresión de Federico Mayor Zaragoza<sup>21</sup>, *globalizadores* y *globalizados*, siendo estos últimos más de tres cuartas partes de la humanidad.

Finalmente, otro aspecto característico de la actual globalización es que se trata de una globalización *dirigida e interesada*, dado que solo afecta a aquellos campos a los que se quiere que afecte. La globalización neoliberal tiene como principio básico la liberalización y la desregulación del sistema económico. Ahora bien, esta liberalización no afecta con la misma intensidad a los diferentes factores de producción, siendo la movilidad de los trabajadores de unos países a otros una parcela donde los Estados han mostrado, y siguen mostrando, grandes resistencias a liberalizar dicha movilidad. En este sentido, a la hora de abordar la cuestión de los inmigrantes que vienen a los países desarrollados en busca de trabajo y de una vida digna estamos asistiendo a una verdadera “institucionalización de la exclusión” social, jurídica y política. Esa nueva mercancía global en la que se han convertido los trabajadores inmigrantes, sobre todo si son pobres, es “objeto de un trato desigual que los identifica como no sujetos, como instrumentos, en violación de las reglas elementales del estado de derecho y de la democracia, es decir, en violación flagrante de derechos humanos que decimos proclamar universalmente”<sup>22</sup>.

20 Held, D.: “La Globalización”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, nº 71, verano 2000, p. 28. Las tesis de este autor están desarrolladas con una mayor amplitud y profundidad en Held, D.: *La democracia y el orden global*, Paidós, Barcelona, 1998.

21 Mayor Zaragoza, F.: “Consolidación de una Cultura de Paz”, *XVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 15 a 26 de junio de 1998, San José, Costa Rica.

22 De Lucas, J.: “La política de inmigración como paradigma de construcción de la desigualdad”, en *Desigualdades, la cara injusta de la globalización*, VIII Jornadas de Heogo, Bilbao, 30-31 de enero de 2001, p. 1 (mimeo). Es muy interesante en este sentido todo el debate que está suscitando la aprobación de la actual Ley de Extranjería y su posible colisión con determinados derechos fundamentales de los inmigrantes, cuestión que, finalmente, va a tener que dilucidar el Tribunal Constitucional. Ver al respecto Solozabal, J.J.: “Extranjeros y Constitución”, *El País*, 27 de marzo de 2001, p. 10.

## **2. CONSECUENCIAS DEL ACTUAL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN**

Además de la principal consecuencia que ya hemos analizado, que es el incremento vertiginoso de la desigualdad tanto a nivel interno como en el panorama internacional, que se ha convertido en un rasgo característico inherente al actual proceso de globalización neoliberal, debemos señalar otras tres consecuencias que también pueden tener una notable repercusión en el disfrute de los derechos humanos para el conjunto de la población, con una especial incidencia para los pueblos indígenas. Me refiero, en primer lugar, a la reducción del papel del Estado que lleva aparejada la globalización y el consiguiente proceso progresivo de privatización; en segundo lugar, al protagonismo que en la actual globalización están adquiriendo las empresas transnacionales y, por último, al impacto en las identidades culturales que puede implicar dicha globalización.

### **2.1 Reducción del papel del Estado**

En lo concerniente a la reducción del rol del Estado, es evidente que la liberalización y la desregulación auspiciadas por la globalización neoliberal han tenido como objetivo esencial tratar de reducir el papel del Estado en el sistema económico y social, dejando en manos del mercado sectores que hasta entonces habían sido cubiertos fundamentalmente por el sector público. Lo cierto es que este proceso ha tenido como consecuencia el debilitamiento progresivo de la protección de los derechos humanos en muchos países, afectando básicamente a los derechos económicos, sociales y culturales. Como sabemos, estos derechos dependen fundamentalmente del Estado para su realización efectiva<sup>23</sup>. Son derechos que demandan la prestación de un servicio por parte del Estado: derechos como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación y al vestido, a los servicios sociales básicos, a un sistema público de seguridad social. En la medida en que el Estado se ha ido retirando de determinados sectores, haciendo una dejación de

---

23 No debemos olvidar al respecto el artículo 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, que endosa claramente al Estado el deber de proteger efectivamente dichos derechos. Tal y como señala este artículo 2, "cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

sus funciones, los derechos económicos, sociales y culturales se han ido resintiendo. Esta auténtica “privatización de los derechos humanos” ha tenido consecuencias nefastas para una protección efectiva de muchos de ellos<sup>24</sup>. Esta disminución del papel del Estado ha sido especialmente intensa en muchos países en vías de desarrollo fruto de los Programas de Ajuste Estructural impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, lo que ha contribuido a agravar aún más si cabe la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en estos países, con influencias también en la satisfacción de los derechos civiles y políticos. La indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos hace que cuando una categoría de derechos se resiente, los otros también resulten afectados. Lo cierto es que las repercusiones de estos planes auspiciados por las instituciones de Bretton Woods han sido muy importantes desde el punto de vista de la satisfacción de los derechos humanos<sup>25</sup>.

## 2.2 Privatización y derechos humanos

Las privatizaciones se han convertido en un ingrediente esencial del actual proceso de globalización, implicando el asumir por parte de actores privados diversos servicios y funciones que tradicionalmente han sido cubiertas por el Estado. Los programas de privatización han proliferado enormemente a lo largo y ancho del planeta en las dos últimas décadas. Siguiendo en este punto a W.L. Megginson, uno de los más relevantes expertos en este campo, “*la privatización ha sido una de las corrientes principales en la política y en la economía mundiales durante los últimos 25 años, y ha contribuido a reducir drásticamente el papel de las empresas públicas tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo*”<sup>26</sup>.

24 Barrios Mendivil, R.: “Obstáculos para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Terre des Hommes: El derecho a la equidad. Ética y mundialización social*, Icaria, Barcelona, 1997, pp. 83-116.

25 Pigrau I Sole, A.: “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos”, *Afers Internacionals*, nº 29-30, 1995, pp. 139-175.

26 W.L. Megginson, ‘Privatization in perspective: the last twenty years’, en *Teoría y Política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*, Madrid, Fundación SEPI, 2004, p. 45.

Hasta ahora, el enfoque que ha primado a la hora de analizar la privatización se ha centrado exclusivamente en los aspectos económicos, asumiendo que las diferentes formas de privatización son la mejor manera para incrementar la eficiencia económica, la flexibilidad y la calidad en la provisión de servicios<sup>27</sup>; la privatización también se ha contemplado como una forma de elevar los ingresos por parte del Estado y de reducir la interferencia gubernamental en la economía, lo que abre las puertas a una mayor competencia<sup>28</sup>. Esta aproximación económica no ha tenido en cuenta en absoluto las posibles implicaciones que para los derechos humanos puede tener un proceso de privatizaciones<sup>29</sup>. Solo muy recientemente se han comenzado a examinar con carácter crítico los posibles impactos en los derechos humanos, cuando los procesos de privatización han empezado a afectar a sectores como la salud, la educación, la seguridad social o la provisión de agua. Tanto parte de la comunidad académica<sup>30</sup> como activistas<sup>31</sup> e, incluso, algunos órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, han expresado sus preocupaciones por los eventuales impactos que los procesos de privatización pueden llegar a tener para un adecuado disfrute de los derechos humanos en general y de los derechos indígenas en particular<sup>32</sup>. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales

---

27 *Building Better Partnerships; The Final Report of the Commission on Public Private Partnerships*, London, IPRP, 2001, p. 253.

28 Para los principales argumentos a favor de un proceso intenso de privatizaciones ver W.L. Megginson: *op. cit.*

29 Es sorprendente que cuando examinamos la literatura existente sobre privatizaciones, la dimensión que tiene que ver con los derechos humanos se encuentra absolutamente ausente. Existen algunos análisis sobre los efectos de la privatización en la distribución de la riqueza, pero no desde el ángulo de los derechos humanos. Acerca del impacto de la privatización sobre la distribución de la riqueza ver V.V. Ramanadham, 'The impacts of privatization on distributional equity', en V.V. Ramanadham (ed.), *Privatization and Equity*, London, Routledge, 1995, pp. 1-34; E. Sheshinski and L.F. López-Calva, 'Privatization and its Benefits: Theory, Evidence and Challenges', en K. Basu; P.B. NAYAK AND R. RAY (eds.), *Markets and Governments*, New Delhi, Oxford University Press, 2003.

30 A. CHRISTMAS, *Report of the Seminar on Privatization of basic services, Democracy and Human Rights*, Community Law Centre, University of Western Cape, 2-3 October 2003; E. DRENT, 'Privatization of basic services in Canada: Some recent experiences', 4 *ESR Review* nº 4, 2003.

31 V. SHIVA, *Water Wars: Privatization, pollution and profit*, Cambridge, MA: South End Press, 2002; M. GAVALDA, 'La guerra del agua en Bolivia', en *Agua, ¿Mercancía o Bien Común?*, Alikornio Ediciones, Barcelona, 2003, pp. 323-345.

32 Ver al respecto Berraondo López, M.: "Indigenous Peoples and natural resources under the Inter-American System of Human Rights. Between Privatisation and the exercise of human rights", en DE Feyter, K. and Gómez Isa, F. (Eds.): *Privatisation and Human Rights in*

y Culturales de las Naciones Unidas, al considerar el informe inicial de la República checa sobre la implementación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), identificó en sus Observaciones Finales como uno de los principales elementos de preocupación el que “*la insuficiencia de los sistemas de seguridad social durante el proceso de reestructuración y privatización haya tenido efectos negativos para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular por parte de los grupos más desfavorecidos y marginados*”<sup>33</sup>. Como resultado de esta preocupación creciente, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas convocó un Día de Discusión General en septiembre de 2002 para examinar en detalle “*El Sector privado como prestador de servicios y su papel en la implementación de los derechos de la infancia*”, hasta ahora una de las aproximaciones más sistemáticas y completas del impacto de los procesos de privatización en los derechos humanos en general y en los derechos de la infancia, en particular. Al mismo tiempo que el Comité daba la bienvenida al papel que desempeñan los actores no estatales, incluyendo las ONGs y las empresas, declaró que estaba “*cada vez más preocupado por la tendencia hacia una mayor privatización, incluso en aquellos servicios que se dirigen a cubrir necesidades básicas como la salud, la educación o el agua*”<sup>34</sup>. Esta llamada de atención por parte del Comité surge por la tendencia en los procesos de privatización a dejar en manos privadas no solo las empresas de carácter público, sino también servicios esenciales que descansan en derechos humanos reconocidos internacionalmente. Todas estas preocupaciones han sido resumidas de la siguiente forma por Sihaka Tsemo<sup>35</sup>, Representante Regional para el Sur de Africa de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

1. El establecimiento de un sistema a diferentes velocidades, con un sector privado centrado en las capas más favorecidas de la población y un sector público con crecientes problemas

---

*the Age of Globalisation*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 289-323.

33 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Czech Republic*, E/C.12/1/Add.76, 5 de junio de 2002, para. 10.

34 *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, 31<sup>st</sup> Session, UN Doc. CRC/C/121, 20 de septiembre de 2002, p. 4.

35 S. Tsemo, ‘Privatization of basic services, democracy and human rights’, 4 *ESR Review* nº 4, 2003.

de financiación dirigido a atender las necesidades de los más pobres.

2. La potenciación de una “fuga de cerebros” del sector público al sector privado, atraídos por mayores salarios y mejores infraestructuras.
3. Un énfasis en los objetivos económicos y de rentabilidad a expensas de objetivos de carácter social.
4. Un sector privado cada vez más poderoso que puede acabar poniendo en serios apuros el rol del Estado como el principal responsable de la garantía de los derechos humanos al subvertir los sistemas reguladores mediante la presión política y la cooptación de los reguladores.

Otros signos de preocupación tienen que ver con la posibilidad de una desigual distribución de los recursos y de los servicios asociada a los procesos de privatización<sup>36</sup>, que afecta fundamentalmente a los grupos más vulnerables de la sociedad, entre ellos los pueblos indígenas.

En principio, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos guarda una postura neutral en materia de privatizaciones, no se posiciona ni a favor ni en contra de la privatización<sup>37</sup>. Esta opción ha sido mantenida firmemente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su famoso Comentario General nº 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte que resultan del PIDESC. El Comité observa que el Pacto es neutral en lo concerniente a los sistemas económicos, siempre que el Estado de que se trate sea democrático y se muestre comprometido con la protección de los derechos consagrados en el Pacto. Tal y como señala en el párrafo 8 del mencionado Comentario General:

*“El Comité observa que el compromiso de ‘adoptar medidas... por todos los medios apropiados’... ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado*

36 A. Steinherr, ‘The Future of Privatization’, en *Teoría y Política de Privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*, Madrid, Fundación SEPI, 2004, p. 955.

37 P. Hunt, ‘The international human rights treaty obligations of state parties in the context of service provision’, en *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider... op. cit.*, pp. 4-5.

*como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el laissez-faire, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos... se reconozcan...”<sup>38</sup>.*

Como podemos ver claramente, no se excluye la privatización, siempre que no vaya en detrimento de una efectiva realización de todos los derechos humanos. Esta visión también la encontramos en la Convención sobre Derechos del Niño (1989). El artículo 3.1, una de las disposiciones clave de la Convención, al establecer el principio básico que debe presidir los derechos de la infancia, el *interés superior del niño*, establece lo siguiente: “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social..., una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño*”<sup>39</sup>. La Convención está asumiendo que algunos de los servicios que afectan a los derechos de la infancia pueden ser prestados por instituciones privadas. Lo importante es que estas instituciones también se guíen por el principio del interés superior del niño a la hora de prestar sus servicios.

Aunque, como acabamos de ver, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es neutro respecto de la privatización, tenemos que descubrir hasta qué punto puede poner límites o condiciones a la forma en como un determinado proceso de privatización se lleva a cabo. El Estado no puede abdicar de las responsabilidades que se le derivan de las obligaciones en materia de derechos humanos que ha asumido; la privatización no libera a los Estados de sus obligaciones<sup>40</sup>. Los

38 Comentario General nº 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Parte (artículo 2.1 del Pacto)*, E/1991/23, Anexo III, para. 8.

39 El destacado utilizado en el texto citado es del autor.

40 Esta postura ha sido subrayada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el

Estados siguen siendo los principales responsables de las obligaciones en materia de derechos humanos, y tienen que respetar, proteger y cumplir todos los derechos humanos<sup>41</sup>. En suma, el Estado es el *último responsable* de la garantía de los derechos humanos. Esta visión fue enfatizada por las Directrices de Maastricht sobre las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo con estas significativas Directrices:

*“... desde el final de la Guerra Fría hemos asistido a una tendencia en prácticamente todas las regiones del mundo en el sentido de reducir el papel del Estado y confiar en el mercado para la solución de los problemas relativos al bienestar humano... Ya no podemos dar por sentado que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende exclusivamente de la actuación del Estado, aunque, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado continúa siendo el último responsable de la garantía de realización de esos derechos...”*<sup>42</sup>.

Tomando en debida consideración esta idea del Estado como el último responsable de las obligaciones en materia de derechos humanos, es obvio que el Estado tiene el derecho y el deber de imponer límites y condiciones a los procesos de privatización<sup>43</sup>. Este deber nos conduce

---

*Caso Costello-Roberts*. En este caso, el Tribunal declaró al Reino Unido responsable por actos que habían tenido lugar en una escuela de titularidad privada. Tal y como sostuvo el Tribunal de Estrasburgo, el Estado no puede “... evadir su responsabilidad delegando sus obligaciones a actores privados o a individuos”, en *Costello-Roberts v. United Kingdom*, ECtHR, Series A, No. 48, para. 27. Una posición muy similar ha sido mantenida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en sus Observaciones Finales al informe inicial presentado por Israel. El Comité declaró que “un Estado parte no puede eludir las obligaciones que derivan del Pacto privatizando funciones gubernamentales”, E/C.12/1/Add. 27, 4 de diciembre de 1998, para. 11.

41 N. Rodemann, *Financing the Right to Water*, Friedrich Ebert Stiftung, Side event to the 60<sup>th</sup> Session of the UN Commission on Human Rights, 22 March.

42 *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (1997), in *Human Rights. Maastricht Perspectives*, Maastricht, Maastricht Centre for Human Rights, 1999, p. 22, para. 2.

43 Según el artículo 2.3 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, “los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de este”.



a la necesidad de llevar a cabo un enfoque de derechos humanos de la privatización; las preocupaciones relativas a los derechos humanos deben estar presentes en todo proceso privatizador desde sus mismos inicios. Hay dos aspectos en los que el Estado tiene algo que decir: en primer lugar, la propia decisión de privatizar un determinado servicio que afecta a obligaciones de derechos humanos; en segundo lugar, el funcionamiento del servicio una vez que ha pasado a manos privadas.

En lo que concierne a la decisión de privatizar un determinado servicio, el Estado debe sopesar con mucho cuidado sus potenciales implicaciones en materia de derechos humanos. Los Estados deberían llevar a cabo una *evaluación del impacto en los derechos humanos* antes de tomar la decisión de privatizar. Paul Hunt ha defendido con fuerza la necesidad de estudios de impacto en los derechos humanos; todo proceso de privatización “*debería ir precedido por un estudio de impacto independiente, objetivo y público en el derecho de que se trate*”<sup>44</sup>. El elemento clave es hasta qué punto el Estado puede manejar el proceso de privatización de tal manera que asegure los derechos humanos básicos y si ese mismo Estado puede garantizar que los actores privados también respeten esos derechos<sup>45</sup>. Esto ha llevado a Bertrand Charrier, Director Ejecutivo de Green Cross International y con una amplia experiencia en el área de la provisión de agua y la protección de los recursos naturales, a defender que si el Estado no está en una posición que le permita supervisar todo el proceso de privatización (algo que es muy común en muchos países en vías de desarrollo), contando además con una potente sociedad civil que pueda controlar la dirección del proceso, la decisión de privatizar no se debería tomar<sup>46</sup>. Todo el proceso de toma de decisiones alrededor de una privatización debería ir acompañado de una total transparencia y una adecuada diseminación de información<sup>47</sup>. La única forma en virtud de la cual la sociedad

44 P. Hunt, *op. cit.*, p. 5.

45 *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 6.

46 B. Charrier, Entrevista en *Cuadernos Internacionales de Tecnología para el Desarrollo Humano*, Primavera 2004, p. 63.

47 Acerca de la importancia que reviste la información en los procesos de privatización ver G. Mortensen, *Consuming Democracy? The Right to Know*, Institute of Human Rights of the University of Deusto, EMA, July 2002, p. 64.

civil puede participar en el proceso<sup>48</sup>, elemento esencial en cualquier proceso de privatización, es mediante una plena transparencia y una adecuada información que garantice el derecho a “*buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*”<sup>49</sup> que está reconocido en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Una plena diseminación de la información es también una forma de tratar de evitar la corrupción, un elemento que, desgraciadamente, se encuentra presente en muchos procesos de privatización<sup>50</sup>. Finalmente, cuando se va a tomar la decisión de privatizar un servicio, todos aquellos que se van a ver afectados deberían tener acceso a todos los recursos jurídicos necesarios para poder desafiar esa decisión y poder obtener las oportunas compensaciones si es que se demuestra algún impacto negativo<sup>51</sup>.

Uno de los problemas es que los Estados no son totalmente soberanos y autónomos a la hora de tomar la decisión de subcontratar ciertos servicios como la educación, la asistencia sanitaria o la provisión de agua; en ocasiones, simplemente implementan políticas que han sido diseñadas e impuestas por las Instituciones Financieras Internacionales, en particular el Banco Mundial y el FMI, en el marco de los Programas de Ajuste Estructural que han sido recetados a la mayor parte de los países en vías de desarrollo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha recordado insistentemente a los Estados que negocian acuerdos internacionales que este tipo de acuerdos no deben afectar negativamente a la realización de los derechos de carácter económico, social y cultural<sup>52</sup>. En el contexto del derecho a la educación, el Comité ha proclamado que:

---

48 El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos viene contemplado en el artículo 25 a) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

49 La ausencia de una información suficiente y adecuada para una consulta apropiada a la población afectada es una de las principales críticas realizadas a los procesos de privatización. Esta opacidad informativa ha caracterizado los recientes intentos por parte de la municipalidad de Quito (Ecuador) de privatizar el servicio de provisión de agua, en R. Rodríguez, ‘Municipio de Quito, Ecuador, quiere privatizar el agua’, *Tintaji*, 24 de agosto de 2004 (este artículo está disponible en: <[www.altercom.org/article1930.html](http://www.altercom.org/article1930.html)>).

50 J.L. Montes, ‘Hasta dónde puede llegar la privatización’, en *Teoría y Política de Privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*, Madrid, Fundación SEPI, 2004, p. 228.

51 Comentario General nº 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, para. 56.

52 Comentario General nº 12, *El derecho a una alimentación adecuada* (artículo 11 del

*“respecto de la negociación y la ratificación de acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para que estos instrumentos no afecten negativamente al derecho a la educación. Del mismo modo, tienen la obligación de que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales, comprendidas las instituciones financieras internacionales, tengan debidamente en cuenta el derecho a la educación”*<sup>53</sup>.

Por otro lado, las propias IFIs deberían también tener en cuenta en sus programas y políticas sus consecuencias en términos de disfrute de derechos básicos. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas *“recomienda encarecidamente a los Estados parte, al FMI, al Banco Mundial y a otras instituciones financieras y bancos regionales a que tomen debidamente en consideración los derechos de la infancia... a la hora de negociar los préstamos y los programas”*<sup>54</sup>.

El segundo elemento que es necesario analizar es el funcionamiento del servicio privatizado. Una vez que la decisión de privatizar ya ha sido tomada, el Estado tiene que imponer ciertas condiciones a los actores privados que se van a encargar del servicio. Para la imposición de estas condiciones, un acuerdo o contrato detallado con los proveedores del servicio es crucial; el contrato se convierte en *“la herramienta clave para la exigencia de responsabilidad, ya que es la única base en virtud de la cual los agentes privados pueden incurrir en responsabilidad”*<sup>55</sup>. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido varias condiciones generales que los Estados tienen que tomar en consideración a la hora de implementar los derechos socioeconómicos. Estas condiciones también se pueden aplicar a los procesos de privatización que estamos analizando. Esto tiene como consecuencia que los actores privados que están operando

PIDESC), E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, para. 41; Comentario General nº 14, *El derecho al más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del PIDESC), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, para. 39, y *El derecho al agua...*, *op. cit.*, para. 60.

53 Comentario General nº 13, *El derecho a la educación* (artículo 13 del PIDESC), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, para. 56.

54 *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 21.

55 G. Mortensen, *op. cit.*, p. 21.

un determinado servicio también tienen que cumplir estos requisitos, y que el Estado tiene que supervisar si efectivamente lo están haciendo o no. De acuerdo con la opinión del Comité<sup>56</sup>, estas condiciones son las siguientes:

1. **Disponibilidad:** los diferentes derechos económicos, sociales y culturales tienen que estar disponibles en una cantidad suficiente.
2. **Accesibilidad:** los derechos tienen que ser accesibles para todas las personas sin ningún tipo de discriminación. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
  - a) *No discriminación:* los derechos tienen que ser accesibles para todos, pero en especial para los grupos más vulnerables de la sociedad.
  - b) *Accesibilidad física:* los derechos tienen que estar al alcance físico de todos los sectores de la población, en particular para aquellas personas que tienen algún tipo de discapacidad.
  - c) *Accesibilidad económica (asequibilidad):* los derechos socioeconómicos deben estar al alcance de todos. Los Estados deben asegurar que los servicios son asequibles para todas las personas, incluyendo a los grupos excluidos<sup>57</sup>.
  - d) *Acceso a la información:* la accesibilidad debe incluir también el derecho a buscar, recibir y difundir todo tipo de información que concierna a los servicios que hayan sido privatizados.
3. **Aceptabilidad:** el funcionamiento de los servicios debe ser culturalmente apropiado, tomando especialmente en cuenta las necesidades de las minorías étnicas y de los pueblos indígenas.

---

56 La mejor definición de estos criterios viene de la mano del Comentario General nº 14 relativo al derecho a la salud, en *El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)...*, op. cit., para. 12. Existe un criterio adicional establecido por el Comité en lo que concierne al derecho al agua; se trata del criterio de la *sostenibilidad*, teniendo en cuenta no solo las necesidades de las generaciones presentes, sino también las necesidades de las generaciones futuras, en *El derecho al agua...*, op. cit., para. 11.

57 La principal preocupación en torno a la privatización de servicios es hasta qué punto se respeta el criterio de la asequibilidad. Existen varios ejemplos que demuestran que la privatización, especialmente en el sector del agua, acaba afectando al acceso de los grupos más marginados de la sociedad a los servicios privatizados, en J. Shultz, 'Privatization versus human rights: Lessons from the Bolivian Water Revolt', 4 *ESR Review* nº 4, November 2003; N. Rosemann, *The Human Right to Water under the conditions of trade liberalization and privatization. A study of the privatization of water supply and wastewater disposal in Manila*, Berlin, Friedrich Ebert Stiftung, 2003.

4. **Calidad:** la calidad de los derechos es un elemento crucial; la privatización no debería conllevar una disminución en la calidad de los servicios dispensados.

Adicionalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone tres tipos de obligaciones a los Estados parte del Pacto: la obligación de respetar, de proteger y de cumplir (*respect, protect y fulfil*, en versión inglesa)<sup>58</sup>. La *obligación de respetar* exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. La *obligación de proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la satisfacción de tales derechos. Por último, la *obligación de cumplir* demanda de los Estados que adopten todas las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otro carácter para dotar de plena efectividad a los derechos de segunda generación.

En lo que toca a los procesos de privatización, la obligación de proteger es la más relevante, dado que requiere que los Estados prevengan las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por terceras partes. Los Estados tienen que “*velar por que la privatización... no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*”<sup>59</sup> de los servicios prestados. Por lo tanto, los Estados tienen que ejercer la *debida diligencia (due diligence)* en la supervisión y el control de la gestión de los servicios por parte de los actores privados. Esta obligación de ejercer la debida diligencia viene exigida por la Directrices de Maastricht que antes hemos mencionado cuando señalan que:

*“la obligación de proteger incluye la responsabilidad del Estado de asegurar que las entidades privadas o los individuos, incluyendo las empresas transnacionales sobre las que ejerzan jurisdicción, no priven a los individuos de sus derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados son responsables de las violaciones de dichos derechos que*

---

58 Ver al respecto *El derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)*..., op. cit., para. 33.

59 *Ibid.*, para. 35.

*resulten de su falta de diligencia debida en el control de la conducta de los mencionados actores no estatales*<sup>60</sup>.

Esta obligación de la debida diligencia impone a los Estados la necesidad de implementar un *esquema regulador* para prevenir cualquier tipo de abuso por parte de actores privados<sup>61</sup>. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto... que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento*”<sup>62</sup>.

Al mismo tiempo, el Comité “*es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una **obligación mínima** de asegurar la satisfacción de por lo menos **niveles esenciales** de cada uno de los derechos*”<sup>63</sup>. El establecimiento de esta obligación mínima y de los niveles esenciales tiene como corolario que un Estado parte no puede, bajo ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento; esta obligación es de naturaleza no derogable. Un determinado proceso de privatización no podría conducir a la violación del umbral mínimo establecido para ciertos derechos; el Estado debe asegurar que los elementos esenciales de cualquier derecho están garantizados para el conjunto de la población.

Otro aspecto relevante es que existe la presunción de que *medidas de carácter regresivo* no se pueden tomar a la luz del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>64</sup>. Esta fuerte presunción

---

60 Maastricht Guidelines, *op. cit.*, para. 18. (La cursiva utilizada en el texto citado es del autor).

61 Además de este esquema regulador, el Comité de Derechos del Niño “anima a los proveedores privados de servicios a desarrollar sus propios *mecanismos de auto-regulación* que incluya un sistema de control y supervisión...” (la cursiva es del autor), en *Day of General Discussion, The Private Sector as Service Provider and its Role in Implementing Child Rights*, *op. cit.*, p. 17.

62 *El derecho al agua...*, *op. cit.*, para. 24.

63 *La índole de las obligaciones de los Estados parte...*, *op. cit.*, para. 10. (El destacado utilizado en el texto citado es del autor).

64 El artículo 2.1 del PIDESC se refiere a la *realización progresiva*. En función de esta progresividad, las Directrices de Maastricht defienden que “las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales pueden tener lugar mediante... la adopción de cualquier medida regresiva que reduzca el alcance de cualquiera de los derechos garantizados”, en Maastricht Guidelines, *op. cit.*, p. 25, para. 14 e).

nos lleva a defender que un cierto proceso de privatización no podría tener como resultado el deterioro del disfrute de los derechos socioeconómicos, siendo el Estado el último responsable de su garantía. En este sentido, “*todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo... requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga*”<sup>65</sup>.

### 2.3 El creciente papel de las empresas transnacionales

El actual proceso de globalización está teniendo como consecuencia una mayor relevancia de las denominadas empresas transnacionales (ETNs), que se han convertido en uno de los actores clave del nuevo escenario económico mundial. La creciente liberalización de la inversión internacional ha tenido como objetivo esencial el definir y articular los derechos de los inversionistas, lo que tiene como contrapartida la necesidad de equilibrar esos derechos con algunas obligaciones en relación con los individuos<sup>66</sup>. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha centrado tradicionalmente en el Estado como el principal sujeto de obligaciones, dejando a un lado a los actores privados. A lo largo de las últimas décadas se han sucedido diferentes iniciativas para exigir a las ETNs y a otros actores privados responsabilidad jurídica internacional<sup>67</sup>.

Algunas de las actividades de estas compañías están planteando serias dudas desde el punto de vista de los derechos humanos, en particular desde el terreno de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo<sup>68</sup>. En este sentido, Mary Robinson, antigua Alta

65 *La índole de las obligaciones de los Estados parte...*, *op. cit.*, para. 9.

66 OHCHR: *Human Rights, Trade and Investment*, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 July 2003.

67 Clapham, A.: *The Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

68 Al respecto se está investigando bastante, entre lo que podemos destacar Kamminga, M.T.: ‘Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC’, en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 553-569; Gómez Isa, F.: ‘Las Empresas Transnacionales y sus obligaciones en materia de derechos humanos’, en Courtis, C. et al (Comp.): *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México DF., 2005, pp.

Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha insistido, en la presentación de un informe bajo el título *Business and Human Rights*, en que “*las empresas deberían apoyar y respetar la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos en sus esferas de influencia y asegurarse de que no se convierten en cómplices de abusos de derechos humanos*”<sup>69</sup>. No son ajenos a esta preocupación ciertos escándalos en los que se han visto involucradas determinadas empresas transnacionales en los que se han comprobado abusos de los derechos laborales más básicos, explotación de mano de obra infantil, interferencias en los asuntos internos de determinados Estados, graves consecuencias medioambientales de sus actividades productivas, impacto en las condiciones de vida de comunidades indígenas<sup>70</sup>.

A la hora de intentar imponer ciertas obligaciones a las ETNs, hasta la fecha se han seguido dos formas distintas de proceder: la adopción de principios y procedimientos en el marco de la denominada *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC) y, por otro lado, intentos de establecer principios y directrices de carácter vinculante desde instancias ajenas a las propias empresas.

---

177-201; C-H. Thuan (coord.), *Multinationales et Droits de l'Homme*, Amiens, Presses Universitaires de France-Centre de Relations Internationales et des Sciences Politiques d'Amiens, 1984; S. Joseph, 'Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights', *XLVI NETH ILR*, 1999, pp. 171-203; S.R. Ratner, 'Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility', *111 YALE L. J.*, 2001, pp. 443-545.

69 *Business and Human Rights: A Progress Report*, OHCHR, Geneva, January 2000, p. 2.

70 Por poner tan solo un ejemplo, Amnistía Internacional ha denunciado la complicidad de varias empresas transnacionales del sector del petróleo con las gravísimas violaciones de los derechos humanos que han acaecido en Sudán. Además, dichas empresas se benefician de esas violaciones de derechos humanos, dado que les allanan el camino para la explotación petrolera, en AMNESTY INTERNATIONAL: *Sudan: The Human Price of Oil*, AFR 54/04/00, 3 de mayo de 2000. Ver también *Sudan, Oil and Human Rights*, New York, Human Rights Watch, 2003, 754 páginas; *Working Document on the impact of the activities of transnational corporations on the realization of economic, social and cultural rights*, prepared by Mr. El Hadji Guissé, pursuant to Sub-Commission resolution 1997/11, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/6; Secretary-General, *The impact of activities and working methods of transnational corporations on the full enjoyment of all human rights, in particular economic, social and cultural rights and the right to development, bearing in mind existing international guidelines, rules and standards relating to the subject-matter*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/12; E. Kolodner, *Transnational Corporations: Impediments or Catalysts of Social Development?*, UN Doc. UNRISD/OP/94/5, Geneva, November 1994; A. EIDE; H. Ole Bergesen and P. Goyer (eds), *Human Rights and the Oil Industry*, Antwerp, Intersentia, 2000.



Las diferentes medidas para promover la RSC tienen un carácter voluntario, y descansan casi exclusivamente en la buena voluntad de las compañías. La iniciativa más relevante en el campo internacional ha sido el denominado *Pacto Global (Global Compact)* lanzado por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en 1999<sup>71</sup>. Constituye una plataforma para promover y promocionar buenas prácticas corporativas y experiencias que puedan servir de aprendizaje para las empresas en el ámbito de los derechos humanos, las relaciones laborales y la protección del medio ambiente. También pretende proporcionar una base para un diálogo entre las Naciones Unidas, las empresas, los sindicatos y grupos de la sociedad civil en torno a cómo mejorar las prácticas corporativas. Los problemas asociados a este tipo de iniciativas es que son de naturaleza voluntaria y no cuentan con mecanismos mínimamente exigentes de supervisión externa, pudiendo constituir en ocasiones un mero ejercicio de relaciones públicas.

La otra estrategia para incorporar las preocupaciones por los derechos humanos en el sector de los negocios ha sido adoptar instrumentos jurídicos que introducen principios y directrices que tienen que ser seguidas por las empresas. Desde la década de los 70 se han sucedido varias iniciativas en el ámbito de las Naciones Unidas para tratar de elaborar un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales en el que se establezcan determinados principios a los que tienen que estar sujetas las actividades de estas empresas<sup>72</sup>. En una de las últimas versiones de este proyecto de Código de Conducta<sup>73</sup>, que desgraciadamente todavía no ha sido aprobado debido a la oposición de los países industrializados donde la mayor parte de las empresas transnacionales tienen su sede principal, se establece en su artículo 14 que “*las empresas transnacionales deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que*

71 Para obtener información sobre esta iniciativa se puede consultar [www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org).

72 Hasta ahora se han adoptado dos Códigos de Conducta de carácter general: la Declaración de la OCDE sobre Inversión internacional y Compañías Multinacionales, aprobada el 21 de junio de 1976 y revisada en 1991 y 2000, y la Declaración Tripartita de la OIT sobre los Principios relativos a las Compañías Multinacionales y la Política Social, de 16 de noviembre de 1977. Sobre estas iniciativas consultar A. Kolk; R. Van Tulder and C. Welters, ‘International Codes of Conduct and Corporate Social Responsibility: can transnational corporations regulate themselves?’, 8 *Transnational Corporations* n° 1, April 1999, pp. 143-180.

73 E/1990/94, de 12 de junio de 1990.

*realizan sus actividades...*”. Asimismo, recientemente la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías<sup>74</sup> ha decidido establecer un Grupo de Trabajo encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales para ver los impactos que tienen en el disfrute de los derechos humanos. Este Grupo de Trabajo ha celebrado sucesivos periodos de sesiones desde agosto de 1999, constatando los serios peligros que están suponiendo ciertos métodos de trabajo y ciertas actividades de determinadas empresas transnacionales para el conjunto de los derechos humanos<sup>75</sup>. Tras varias sesiones destinadas a discutir y avanzar en la elaboración de algún instrumento relativo a estas compañías, en agosto de 2003 el Grupo de Trabajo dio por finalizada la discusión de su Proyecto de *Normas sobre las Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, y las transmitió a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la que las aprobó en ese mismo mes<sup>76</sup> y las transmitió para su consideración a la Comisión de Derechos Humanos en su próxima sesión de 2004. El principio esencial sobre el que pivotan estas Normas es el principio de corresponsabilidad. El preámbulo del Proyecto comienza reconociendo que *“aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las **empresas transnacionales y otras empresas comerciales**, en su calidad de órganos de la sociedad, **también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos**”*<sup>77</sup>. Esta noción de corresponsabilidad viene desarrollada con mucha mayor precisión en la Parte A del Proyecto, consagrado a las *Obligaciones Generales*. De acuerdo con el artículo 1:

---

74 *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales*, Resolución 1998/8, 20 de agosto de 1998.

75 *Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones*, Presidente-Relator: Sr. El-Hadji Guisse, E/CN.4/Sub.2/1999/9, 12 de agosto de 1999, p. 5. Se puede consultar también el informe sobre los diferentes periodos de sesiones, en E/CN.4/Sub.2/2000/12, 28 de agosto de 2000; E/CN.4/Sub.2/2001/9, 14 de agosto de 2001; E/CN.4/Sub.2/2002/13, 15 de agosto de 2002 y E/CN.4/Sub.2/2003/13, 6 de agosto de 2003.

76 E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

77 El destacado utilizado en el texto citado es del autor.

*“... dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de **los pueblos indígenas** y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar”<sup>78</sup>.*

Como podemos comprobar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales asumen la obligación de respetar y asegurar los derechos humanos básicos dentro de sus respectivas esferas de influencia, debiendo prestar una atención especial a grupos vulnerables como los pueblos indígenas. Los principales problemas que este Proyecto de Normas está enfrentando tienen que ver con la debatida cuestión de su naturaleza jurídica y con los mecanismos que se ponen en marcha para su efectiva implementación, aspectos que a día de hoy siguen sin estar absolutamente clarificados en el texto. Desgraciadamente, la Comisión de Derechos Humanos, en su decisión 2004/116, de 20 de abril de 2004, expresó la opinión de que aunque las Normas contenían “elementos e ideas útiles” para ser tomados en consideración, como propuesta que es carecía de “autoridad legal”. En lugar de seguir insistiendo en la continuación del trabajo emprendido por el Grupo de Trabajo y la Subcomisión, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Secretario General de las Naciones Unidas que nombrara un Representante Especial para abordar la cuestión de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y los derechos humanos<sup>79</sup>. El Representante Especial ha presentado un informe provisional a la Comisión en el cual considera que el Proyecto de Normas ha incurrido en “excesos doctrinales” y llega a la conclusión de que *“las debilidades de las Normas las convierten en una **distracción** más que en una base sobre la cual seguir avanzando”<sup>80</sup>*. Como vemos claramente, el futuro de las Normas es bastante incierto.

78 El destacado utilizado en el texto citado es del autor.

79 Resolución 2005/69. El 25 de julio de 2005, el ECOSOC adoptó la decisión 2006/73 en la que aprobaba la petición de la Comisión y, tres días más tarde, el 28 de julio de 2005, el Secretario General nombró a John Ruggie, Profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad de Harvard, como su Representante Especial.

80 E/CN.4/2006/97, 22 de febrero de 2006, paras. 59 y 69. (El destacado utilizado en el texto citado es del autor).

Lo que queda meridianamente claro del análisis que acabamos de exponer es que, dado el creciente poder que están adquiriendo las ETNs en una economía cada vez más globalizada, existe una necesidad urgente de que se les puedan exigir responsabilidades por sus impactos en el disfrute de los derechos humanos, sobre todo cuando sus actividades afectan a un grupo en situación de especial vulnerabilidad como son los pueblos indígenas. En este sentido, es nuestro deber el apoyar las diferentes iniciativas que se están tomando tanto a escala nacional como internacional.

#### **2.4. El impacto en las identidades culturales**

Un último aspecto que ha recabado el interés de aquellos que se dedican al análisis del actual proceso de globalización es su posible impacto en las identidades culturales de las personas y de los pueblos y en la satisfacción de sus derechos culturales. La revolución tecnológica y de los medios de comunicación que lleva viviendo el mundo desde hace ya varios años ha posibilitado la extensión hasta límites insospechados de la globalización en todas sus dimensiones<sup>81</sup>. Ello ha permitido que se haya aumentado enormemente la capacidad de transmitir información, conocimientos, formas de vida y de pensar, pautas de consumo..., en definitiva, ideología. Las tendencias en el mundo de la tecnología y de la comunicación, siguiendo a Jordi Bonet<sup>82</sup> en este punto, apuntan en las siguientes direcciones:

1. Existe una tendencia a la concentración de las empresas dedicadas a la cultura y a la información, dando lugar a los famosos *Grupos Multimedia* que, fundamentalmente, tienen su sede en los principales países desarrollados. Ello supone que van a ser esos países los que controlen la mayor parte del mercado cultural e informativo mundial.
2. Los flujos de información normalmente tienen un sentido unidireccional, es decir, fluyen del Norte al Sur. En este sentido,

---

81 Ver al respecto la obra de uno de los mayores expertos en temas de comunicación, en Mattelart, A.: *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998; Mattelart, A.: *Historia de la utopía planetaria*, Paidós, Barcelona, 2000.

82 Bonet, J.: "La protección internacional de los derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas y la Globalización", *Agenda ONU*, nº 2, 1999, pp. 39 y ss.

es significativo el dato de que tres agencias de noticias mundiales, por supuesto todas ellas radicadas en países industrializados, copan el 80% de las noticias que circulan diariamente en el mundo. Esto puede llegar a producir una verdadera “tiranía de la comunicación”<sup>83</sup>.

3. Este auténtico monopolio del mercado cultural e informativo puede llegar a convertirse en un vehículo privilegiado para la homogeneización cultural y la estandarización de patrones y hábitos de consumo, dando lugar a lo que Marta Harnecker ha denominado la *macdonalización* de la cultura<sup>84</sup>.
4. Por último, este monopolio cultural e informativo puede acabar poniendo en serio peligro el pluralismo político, social e ideológico. La concentración en muy pocas manos de los mensajes culturales e informativos que llegan hasta el último rincón del planeta gracias a los modernos medios de comunicación de masas (el famoso *efecto CNN*) puede convertir a dichos medios en instrumento de la globalización como “proyecto de dominación”<sup>85</sup>. La misma línea de razonamiento es seguida por el profesor Carrillo Salcedo, en cuya opinión “la industria global de la comunicación tiende a ofrecer una determinada filosofía económica y política, donde la primacía del mercado y de ciertos derechos civiles y políticos van en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>86</sup>.

Una postura no tan pesimista sobre los efectos de la globalización en la cultura y en las culturas ha sido expresada por el escritor Mario Vargas Llosa<sup>87</sup>, para quien bajo el manto de esa visión negativa (“*paranoia ideológica*” la denomina) está latiendo escondida una “*concepción inmovilista de la cultura que no tiene el menor fundamento histórico*”. Fruto de la modernización de los dos últimos siglos, es un hecho

83 Ramonet, I.: *La tiranía de la comunicación*, Debate, Madrid, 1998.

84 Harnecker, M.: *La izquierda en el umbral del siglo XXI: haciendo posible lo imposible*, Madrid, 1999.

85 Mattelart, A.: “Que el poder sea volátil, no significa que no exista”, entrevista concedida a Mariano Aguirre, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, nº 71, verano 2000, p. 130.

86 Carrillo Salcedo, J.A.: *Globalization and Human Rights*, Faculty of Law, Athens, 31 March 2000, p. 13 (mimeo).

87 Vargas Llosa, M.: “Las culturas y la globalización”, *EL PAIS*, 16 de abril de 2000, pp. 13 y 14.

constatable que el mundo ha comenzado a perder su enorme diversidad cultural y lingüística. En opinión de este gran escritor, podremos lamentar dicha pérdida cultural y lingüística, pero “*lo que no creo que se pueda es evitarlo*” (de nuevo el argumento la *inevitabilidad* de la globalización tal y como se está desarrollando y los efectos que está teniendo). Para Vargas Llosa, una de las grandes ventajas de la globalización es que contribuye a extender de una manera radical “*las posibilidades de que cada ciudadano en este planeta interconectado construya su propia identidad cultural de acuerdo a sus preferencias y motivaciones íntimas*”, ampliando así de una manera muy notable “*el horizonte de la libertad individual*”. El problema fundamental con el que se enfrenta este argumento, teóricamente impecable, es el número creciente de seres humanos excluidos (los *globalizados* a los que se refería Mayor Zaragoza), que no tienen la más mínima capacidad ni siquiera para intuir las ventajas de esa benéfica globalización. En la medida en que los derechos humanos básicos de millones de personas no estén plenamente garantizados, los supuestos efectos positivos de la globalización seguirán siendo poco más que una utopía planetaria. Finalmente, Vargas Llosa apunta los beneficios que la globalización puede traer para las culturas locales, las que, en un proceso de fertilización cruzada, pueden enriquecerse del contacto con otras culturas, al mismo tiempo que ofrecer sus aspectos positivos. Haciéndonos eco de su reflexión, “*la globalización no va a desaparecer a las culturas locales; todo lo que hay en ellas de valioso y digno de sobrevivir encontrará en el marco de la apertura mundial un terreno propicio para germinar*”. El obstáculo básico al que se enfrenta este planteamiento liberalizador es la enorme asimetría que existe entre las diferentes culturas, con medios y mecanismos para su defensa y para su promoción absolutamente desiguales. Ello está llevando, según José Bengoa, a un proceso creciente, acelerado por la globalización, de *anomia* o desintegración cultural en muchas culturas que no tienen capacidad para resistir los embates de las culturas dominantes<sup>88</sup>.

---

88 *The relationship between the enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights, and income distribution*, Final Report prepared by Mr. José Bengoa, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1997/9, 30 June 1997, p. 13.

### 3. LA NECESARIA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta ahora nos hemos referido a un tipo específico de globalización, la globalización neoliberal que, por lo que hemos podido comprobar, plantea serias inquietudes desde el punto de vista de los derechos humanos. Sin embargo, como apuntábamos al principio, la globalización también puede llegar a brindar posibilidades y oportunidades para la extensión universal de los derechos humanos. Se trata de globalizar no solo los mercados y las comunicaciones, como ha ocurrido hasta ahora, sino también los derechos humanos más elementales, contribuyendo así a su verdadera universalización.

#### 3.1. Hacia una auténtica cultura universal de los derechos humanos

En primer lugar, una cultura auténticamente universal de los derechos humanos exigiría la globalización de todos los derechos humanos, no solo los civiles y políticos, sino también los de carácter económico, social y cultural. El germen de esta globalización de los derechos humanos ya se encontraba presente en la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 28 proclamaba que *“toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*. Como vemos, este artículo plantea lo que se ha denominado un *enfoque estructural de los derechos humanos*, es decir, la necesidad de cambios de carácter estructural tanto en la esfera interna como en la esfera internacional para que todos los derechos humanos puedan ser plenamente efectivos<sup>89</sup>. Una prolongación de este enfoque estructural, que ha significado la apuesta más decidida por globalizar la solidaridad, el desarrollo y los derechos humanos, ha sido la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas del derecho al desarrollo en 1986. Como establece el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, *“el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para*

89 Un análisis en profundidad de este artículo 28 de la Declaración Universal figura en: Eide, A.: “Article 28”, en Alfredsson, G. and Eide, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1999, pp. 597-632.

*participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él*". Además, van a ser los Estados los que tengan "el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo" (artículo 3.1). El problema básico con el que se ha encontrado este intento de universalizar y globalizar los derechos humanos y el desarrollo es la falta de voluntad política por parte de los principales países desarrollados para reconocer este derecho al desarrollo y, sobre todo, para llevar a cabo medidas concretas tendientes a su realización<sup>90</sup>, en particular en lo que concierne a los pueblos indígenas<sup>91</sup>. Esta es una de las principales fallas del discurso occidental en torno a la universalidad de los derechos humanos. Cuando la mayor parte de estos países abogan por la universalidad, están pensando exclusivamente en la universalidad de los derechos civiles y políticos, olvidándose por completo de que la dignidad de los seres humanos también está exigiendo la universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo<sup>92</sup>.

### 3.1.1. La universalidad contestada

Como ya sabemos, el origen de los derechos humanos tal y como los conocemos se remonta a las revoluciones liberales del siglo XVIII, en particular a la Revolución Francesa y su *Declaración Francesa de los*

---

90 No debemos olvidar al respecto que la Declaración sobre el derecho al desarrollo es una simple resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya naturaleza jurídica es meramente recomendatoria. Además, esta resolución cosechó el voto negativo de Estados Unidos y las abstenciones de Dinamarca, la República Federal de Alemania, Reino Unido, Finlandia, Islandia, Suecia, Japón e Israel. Un análisis pormenorizado de los avatares del derecho al desarrollo y de sus principales obstáculos en Gómez Isa, F.: *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

91 Un análisis sobre la relevancia del reconocimiento del derecho al desarrollo para los pueblos indígenas se puede consultar en Gómez Isa, F.: "Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo", en Berraondo, M. (coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 451-468.

92 Una crítica radical de este planteamiento occidental de la universalidad es efectuado por Ignacio Ellacuría, para quien "la oferta de humanización y de libertad que hacen los países ricos a los países pobres no es universalizable y, consiguientemente, no es humana... El ideal práctico de la civilización occidental no es universalizable, ni siquiera materialmente, por cuanto no hay recursos materiales en la Tierra para que todos los países alcanzaran el mismo nivel de producción y consumo..." en Ellacuría, I.: "Utopía y profetismo", en *Mysterium Liberationis*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 393 y ss.



*Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), el texto fundamental que se va a convertir en auténtico referente a partir de este momento. Desde entonces, la cultura occidental fruto de la Modernidad y de la Ilustración ha tenido pretensiones de convertir esos derechos humanos surgidos en un determinado contexto en derechos humanos de alcance auténticamente universal. Ahora bien, esa pretensión de universalidad, según la opinión de María José Fariñas, descansa en realidad en un “*mito occidental, un a priori o una ficción legitimadora que encierra una pretensión de dominación y de hegemonía mundial*”<sup>93</sup>. Lo que se describe como universal no deja de ser, básicamente, más que el intento de universalizar una concepción particular de los derechos humanos, legítima pero necesariamente particular. Esa concepción particular ha estado basada en el liberalismo político de signo marcadamente individualista y en el énfasis en los derechos civiles y políticos. Si realmente queremos llegar a un concepto universal de derechos humanos no podemos aceptar acríticamente la concepción occidental, sin abrir un proceso de diálogo en el que las diferentes cosmovisiones puedan estar en disposición de plantear su propia y específica aproximación a los derechos humanos. Los derechos humanos tienen que ser reconceptualizados como multiculturales si queremos que se conviertan en un auténtico lenguaje común de la humanidad. Si no es así, y son concebidos como universales tal y como ha ocurrido hasta ahora, “*los derechos humanos siempre serán un instrumento del choque de civilizaciones de Samuel Huntington, es decir, de la lucha de Occidente contra todos los demás*”<sup>94</sup>.

Lo cierto es que en los últimos tiempos han surgido reacciones a la universalidad de los derechos humanos, por lo que podemos decir que dicha universalidad ha sido contestada. En la actualidad “*el carácter universal de la idea de los derechos humanos (...) comienza a presentar síntomas de crisis*”<sup>95</sup>, con críticas desde muy diversos sectores hacia

93 Fariñas Dulce, M.J.: “El Dios Universal y los Derechos Humanos”, *EL PAIS*, lunes 25 de octubre de 2004, p. 16.

94 De Sousa Santos, B.: “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en Gómez Isa, F. (Dir.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 103.

95 Gros Espiell, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1988, p. 291.

esa pretendida universalidad de los derechos humanos<sup>96</sup>. Las críticas provienen fundamentalmente del mundo islámico y de los países del tercer mundo y de los pueblos indígenas, que consideran a los derechos humanos como una idea predominantemente occidental y que no responde a sus demandas actuales y a sus necesidades. Las espadas siguen en alto, como se ha puesto de manifiesto en la última gran cita que a nivel internacional se ha celebrado sobre la materia de los derechos humanos. Nos estamos refiriendo a la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos que se celebró en Viena en junio de 1993. Sin ninguna duda el tema central de la Conferencia de Viena giró en torno a la consideración de si los derechos humanos son universales, es decir, aplicables en todos los países de la comunidad internacional o si, por el contrario, tienen que ser entendidos a la luz de las diferentes circunstancias históricas, culturales, religiosas. Dos teorías pugnan respecto a este tema, la teoría universalista o la teoría del relativismo cultural. Las posturas estaban bastante alejadas, ya que mientras los países occidentales defendían la universalidad de los derechos humanos, los países islámicos y una parte importante del tercer mundo eran firmes partidarios del relativismo cultural, considerando la teoría de la universalidad como una nueva forma de colonialismo, esta vez en forma de derechos humanos. Lo cierto es que tras los debates en torno a esta espinosa cuestión las conclusiones a las que se llegaron no fueron excesivamente satisfactorias, ya que, como vamos a ver a continuación, la Declaración Final de la Conferencia de Viena es extremadamente ambigua en cuanto al problema de la universalidad de los derechos humanos<sup>97</sup>. En la Declaración Final de la Conferencia se llegó a una

---

96 Sobre el tema de la universalidad de los derechos humanos y sobre la teoría opuesta del relativismo cultural *cfr.* el interesante ensayo de Dundes Renteln, A.: *International Human Rights. Universalism Versus Relativism*, Sage Publications, London, 1990.

97 Una muestra palpable de que las posiciones estaban bastante alejadas entre sí se puede obtener si se comparan los documentos finales de las Reuniones Regionales preparatorias de la Conferencia Mundial de Viena. La primera fue la Reunión Regional para África, celebrada en Túnez del 2 al 6 de noviembre de 1992, *Informe de la Reunión Regional para África de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/AFRM/14, de 24 de noviembre de 1992. La segunda fue la Reunión Regional para América Latina y el Caribe, *Aprobación de los Documentos Finales y/o Declaración de la Reunión Regional para América Latina y el Caribe*, A/CONF.157/LACRM/12/Add.1, de 22 de enero de 1993. La tercera fue la Reunión Regional para Asia, *Informe de la Reunión Regional para Asia de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/ASRM/8, de 7 de abril de 1993. La Unión Europea, por su parte, también celebró su reunión preparatoria de la Conferencia, *Nota verbal de 23 de abril de la Misión Permanente de Dinamarca (en nombre de la Comunidad Europea) ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra*, A/CONF.157/PC/87, de 23 de abril de 1993.

especie de consenso que, en mi opinión, sigue sin zanjar este espinoso problema. Como se sostiene en la *Declaración de Viena*, tras proclamar en su primer párrafo que el carácter universal de los derechos humanos “no admite dudas”:

*“...todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (...). Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”*<sup>98</sup>.

Podemos comprobar claramente cómo en este ambiguo párrafo no se toma partido abiertamente ni por la universalidad de los derechos humanos ni por la teoría del relativismo cultural; se trata de contentar, en la medida de lo posible, a los defensores de ambas posturas. Y es que, como ya hemos comentado, en las sesiones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos se demostró claramente que las posturas estaban muy enfrentadas y el consenso estaba todavía muy lejos de conseguirse<sup>99</sup>. La única vía mediante la cual va a ser posible, si existe voluntad política por parte de los diferentes Estados, lograr la universalidad de por lo menos los derechos humanos más fundamentales es la apertura de un diálogo intercultural<sup>100</sup>, sincero y abierto entre los Estados occidentales y los Estados que se muestran partidarios del relativismo cultural. Ambos grupos de Estados van a tener que dejar de lado dogmas y posturas preconcebidas para estar dispuestos, a partir de ese diálogo, a ceder en parte de sus pretensiones. Y es que nos encontramos ante uno de los principales problemas con los que se está enfrentando en la actualidad la teoría de los derechos humanos. De una

98 *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Parte I, párr. 5

99 Sobre el tema de la universalidad de los derechos humanos en la Conferencia de Viena y en la Declaración Final ver Villán Durán, C.: “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, nº 2, 1994, pp. 505-532.

100 Etxeberria, X.: “El debate sobre la universalidad de los derechos humanos”, en Instituto de Derechos Humanos: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 385.

adecuada respuesta a este problema va a depender, en gran parte, la evolución futura de los derechos humanos en un mundo en conflicto.

Otro de los grupos que han cuestionado abiertamente la universalidad de los derechos humanos son los pueblos indígenas, la “humanidad ausente” en el proceso de elaboración de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, por utilizar una afortunada expresión de Bartolomé Clavero<sup>101</sup>. Los pueblos indígenas han estado invisibilizados tanto en la esfera interna como en la esfera internacional durante siglos, lo que ha hecho que no hayan podido aportar su propia concepción de los derechos humanos<sup>102</sup>. Esta injusticia histórica está tratando de ser restaurada. A nivel interno, la mayor parte de las Constituciones de América Latina se han modificado para dar entrada a las demandas indígenas, lo que está abriendo la puerta a interesantes debates sobre el pluralismo jurídico allí donde conviven diferentes ordenamientos jurídicos<sup>103</sup>. En la esfera internacional, los pueblos indígenas están tratando de empujar la elaboración de sendas Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas<sup>104</sup> como en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), sin mucho éxito hasta ahora. La virtualidad de estos proyectos de Declaración es que vehiculan las principales demandas de las comunidades indígenas en materia de derechos humanos, sirviendo así para poder conocer cuál es su punto de vista sobre determinadas cuestiones claves en el campo de los derechos humanos: el debate en torno a los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos medioambientales, el derecho al

---

101 Clavero, B.: “De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas”, en *Derechos de los Pueblos Indígenas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 37.

102 A este respecto se puede consultar la interesante reflexión de Martínez Bringas, A.: “Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 24, 2003. Su marginación en el debate sobre el derecho al desarrollo y en la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* está tratada en Gómez Isa, F.: “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, *op. cit.*

103 Salgado J. (comp.): *Justicia Indígena. Aportes para un Debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

104 El recién creado Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el 29 de junio de 2006 la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* con 30 votos a favor, 12 abstenciones y 2 votos en contra. Esta Declaración tiene que ser aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

territorio, el derecho de autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo<sup>105</sup>.

### 3.2. El principio de jurisdicción universal

Otro de los aspectos en los que la globalización puede introducir nuevos aires es en la progresiva instauración del principio de *jurisdicción universal* en la protección internacional de los derechos humanos. Desde la Paz de Westphalia (1648) ha sido un dogma indiscutido del Derecho Internacional el principio de la jurisdicción territorial, es decir, el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado estaba absolutamente limitado por el marco de las fronteras estatales. Fruto de la interdependencia creciente y de la globalización, este principio se ha ido erosionando y ha ido cediendo paso, de una manera muy limitada todavía, al principio de la jurisdicción universal, en virtud del cual determinados delitos que repugnan a la conciencia de la humanidad (genocidio, torturas, terrorismo...) podrían ser perseguidos no solo en el lugar que se producen sino también en otros países<sup>106</sup>. No es otra cosa lo que ha sucedido con el intento de enjuiciar en España a Augusto Pinochet por parte de la Audiencia Nacional por los hechos cometidos durante el ejercicio de su mandato en Chile. A pesar de que finalmente por razones “humanitarias” el Ministro de Interior británico denegó su extradición a España, lo cierto es que las decisiones de la Cámara de los Lores avalando su extradición no dejan lugar a duda de lo que este caso ha supuesto para el avance de la jurisdicción universal y del propio Derecho Internacional. Como se ha señalado en este sentido, “el arresto de Pinochet fue un indicio claro de que el proceso de globalización, hasta ahora restringido a cuestiones de comercio internacional, Internet y la libertad de las multinacionales para derribar las barreras a su actividad

105 Anaya, S.J.: “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Gómez Isa, F. (Dir.): *La protección internacional...*, op. cit., pp. 687-720.

106 La Audiencia Nacional se ha basado en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) para solicitar la extradición de Pinochet. En este artículo se dispone que “igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de ser tipificados, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves..., y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

global, podía extenderse también a otras áreas de la vida”<sup>107</sup>. Otros casos han seguido la estela abierta por el caso Pinochet, por poner un ejemplo, la Fundación Rigoberta Menchú ha tratado de pedir justicia ante la Audiencia Nacional por el genocidio, las torturas y el terrorismo de Estado que acontecieron en Guatemala durante los años 80, petición que ha sido denegada, por ahora, por la Audiencia Nacional. El otro caso emblemático es la decisión del Gobierno mexicano de conceder la extradición de Ricardo Miguel Cavallo para ser juzgado en España por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, presuntamente cometidos durante la dictadura en Argentina<sup>108</sup>. Como podemos comprobar, la globalización también se está aliando con la justicia universal y con la lucha contra la impunidad y ya ha producido sus primeros frutos con el comienzo de las actividades del Tribunal Penal Internacional previsto por el Estatuto de Roma de 1998.

### 3.3 La tecnología al servicio de otra globalización

Finalmente, un último aspecto en el que la globalización puede suponer un aliciente para la universalización de los derechos humanos es la utilización de las nuevas tecnologías para la promoción de dichos derechos humanos. En este sentido, se viene hablando últimamente de la necesidad de un “uso social o alternativo de las tecnologías”<sup>109</sup>, tal y como las últimas movilizaciones contra la globalización están mostrando desde Seattle a Praga pasando por Porto Alegre, que se han servido de los medios que la globalización pone a nuestra disposición para enfrentarse a esa misma globalización<sup>110</sup>. Se trataría de utilizar las posibilidades que ofrecen las modernas técnicas de comunicación para luchar a favor de los derechos humanos y la solidaridad planetaria. Para ello, se propone la creación de redes de solidaridad que, mediante la interconexión internacional, puedan consolidar un movimiento con una

---

107 O’Shaughnessy, H.: *Pinochet. The Politics of Torture*, New York University Press, New York, 2000.

108 Ver al respecto el análisis que hace el Ministro de Asuntos Exteriores mexicano sobre las repercusiones de este caso para el futuro del sistema de protección internacional de los derechos humanos, en Caastañeda, J.G.: “La extradición de Cavallo a España. Un precedente internacional”, *El País*, 21 de marzo de 2001, p. 4.

109 Mattelart, A.: “Que el poder sea volátil, no significa que no exista”, *op. cit.*, p. 134.

110 Wood, A.: “Protesta global o turismo político: las campañas contra la globalización”, *Papeles de Cuestiones Internacionales*, nº 73, 2001, pp. 135-140.

visión alternativa a la actual globalización neoliberal. Un paradigma de las posibilidades que se abren en este campo es el movimiento zapatista liderado por el Subcomandante Marcos quien, desde la Selva Lacandona y con un ordenador portátil bajo el brazo, se ha convertido en un auténtico símbolo de la lucha contra la globalización no solo en México sino en todo el planeta, creando una tupida red de apoyos a nivel internacional<sup>111</sup>.

Por lo tanto, tras este breve análisis efectuado, podemos concluir con que el actual proceso de globalización neoliberal está planteando serias dudas desde el punto de vista de los derechos humanos y de las luchas indígenas, aunque, por otro lado, también debemos admitir que se dejan entrever ciertas luces y ciertas esperanzas que nos hacen creer firmemente en que es posible otra globalización, una globalización desde abajo, en la que los pueblos indígenas coadyuven a la construcción de una auténtica concepción multicultural de los derechos humanos. Ahora bien, este proceso no es fácil y requiere de determinadas condiciones que voy a señalar a continuación.

#### **4. REQUISITOS PARA UNA UNIVERSALIDAD MULTICULTURAL Y COSMOPOLITA**

El gran reto al que nos enfrentamos es cómo conseguir la afirmación de las propias identidades culturales en un mundo global y su inserción en un proceso de enriquecimiento mutuo entre las diferentes culturas y cosmovisiones para poder llegar realmente a la construcción de un concepto multicultural y cosmopolita de derechos humanos y democracia. Para tratar de enfrentar con un mínimo grado de éxito este reto creo que son necesarios algunos requisitos básicos:

- En primer lugar, es necesaria una aproximación crítica y lo más objetiva posible a la propia cultura, partiendo del presupuesto de la ausencia de plenitud de toda cultura. Como señala en este sentido

---

111 Ver al respecto Talens, M.: "La izquierda, las marionetas y el Subcomandante", *El País*, 24 de marzo de 2001. Una crítica de lo que Marcos representa como "gran líder mediático de nuestro tiempo" que ha seducido a intelectuales europeos "obnubilados por el discurso de Marcos y... por el ruido hiperbólico de sus palabras", en Malamud, C.: "¿Es Marcos el despertar de América Latina?", *EL PAIS*, 30 de marzo de 2001.

Boaventura de Sousa, “*el reconocimiento de las debilidades y las ausencias de plenitud recíprocas es una conditio sine quae non para un diálogo intercultural*”<sup>112</sup>. De todas formas, una dificultad objetiva a la hora de dialogar con la cultura occidental acerca de los derechos humanos y la democracia es precisamente su falta de modestia cultural. La modernidad occidental está tan orgullosa de haber “descubierto” los derechos humanos que tiene serias dificultades para embarcarse en un proceso de diálogo que pueda cuestionar alguno de los presupuestos esenciales de su concepción sobre los derechos humanos. El creer tener el *copyright* de los derechos humanos y la democracia no sitúa a la cultura occidental en una buena disposición para un auténtico diálogo.

- En segundo lugar, la participación de la sociedad civil en el diálogo intercultural es otro elemento importante para poder elaborar un auténtico concepto multicultural de derechos humanos. En ocasiones, los gobiernos se erigen en los únicos interlocutores y secuestran voces críticas que proceden de sectores que trabajan directamente en el ámbito de los derechos humanos y la lucha democrática. Como se ha afirmado al respecto, los derechos humanos son tan importantes que no se pueden dejar exclusivamente en manos de los gobiernos. Una experiencia interesante en este sentido son los Foros Sociales Mundiales y Regionales (Porto Alegre, Bombay, París, Londres) que se están celebrando y en los que se reúnen organizaciones de diferentes partes del mundo que trabajan en diferentes ámbitos (ecología, derechos de las mujeres, sindicalismo, derechos de los pueblos indígenas...), que están tratando de elaborar un discurso común en torno al famoso lema *Otro Mundo es Posible*<sup>113</sup>. Me parece un ejercicio interesante de diálogo intercultural promovido desde movimientos sociales de base. El reto es cómo articular esas reflexiones y que sirvan como expresión de lo que la emergente sociedad civil cosmopolita piensa sobre los derechos humanos y la democracia.

Un último aspecto que debe estar presente en todo diálogo intercultural es el derecho a la diferencia y a la diversidad. Cuando nos referimos a los intentos de elaborar un concepto universal de derechos humanos y democracia no estamos pensando en un concepto homogéneo y unidireccional, sino que una verdadera concepción multicultural de los

---

112 De Sousa Santos, B.: “Hacia una concepción multicultural...”, *op. cit.*, p. 111.

113 George, S.: *Otro Mundo es Posible si...*, Intermon-Oxfam, Barcelona, 2003.



mismos tiene que generar espacios para la diferencia y la diversidad. Puede haber ciertos aspectos en los que se puedan encontrar consensos más o menos universales; pero también pueden existir ámbitos en los que lo único que se puede hacer es aceptar y tolerar la diferencia, aceptar que somos diferentes y que tenemos diferentes maneras de acercarnos a los derechos humanos y la democracia. En este sentido, podemos defender que las personas y los pueblos tienen derecho a la igualdad cuando la diferencia les discrimina, pero tienen derecho a la diferencia cuando la igualdad pone en peligro su identidad. El reto es cómo generar espacios de diálogo intercultural en los que puedan convivir armoniosamente igualdad y diferencia. No son términos antitéticos, sino que se complementan mutuamente en una relación no siempre exenta de conflictos.

## ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA INDIGENISTA NO BRASIL

MARIA ELISA LADEIRA<sup>1</sup>

### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Estima-se que vivam hoje no Brasil mais de 700 mil índios. São 200 povos que habitam áreas ecológicas diversas e que falam mais de 170 línguas diferentes. Remanescentes de uma população calculada em milhões na época da chegada dos europeus, em 1500, e que foi dizimada pelas epidemias, pela guerra, pela escravização, e, pelo avanço da fronteira econômica. Em termos relativos, o Brasil contando com uma população com mais de 170 milhões de habitantes (censo do IBGE 2000), a população indígena é ínfima. Em termos absolutos, no entanto ela tem crescido nos últimos anos.

As sociedades indígenas no Brasil são extremamente diversificadas entre si: vivenciam processos históricos distintos e são portadoras de tradições culturais específicas. A diversidade destas sociedades é conseqüência também da existência de diferentes situações de contato com segmentos da sociedade brasileira, que vão desde a total ausência de qualquer tipo de relacionamento, até grupos que convivem com a sociedade nacional há séculos.

Os povos indígenas vivem distribuídos em todo o território brasileiro, sendo que 60% concentram-se na Amazônia, área de refúgio, onde foi mais recente a penetração de frentes de expansão. É importante frisar

---

1 Centro de Trabalho Indigenista / Fundação Avina. Brasil.

que as sociedades indígenas no Brasil são em geral pequenas. Sua reprodução cultural não depende de grandes efetivos demográficos, mas exige, dada a ênfase na caça, pesca e coleta e mesmo agricultura itinerante, territórios extensos e que os índios souberam preservar quando não pressionados irremediavelmente pelas frentes de penetração da sociedade nacional.

Se durante 3 séculos e meio a utilização do índio como mão de obra foi central na questão indígena, hoje é sem dúvida em torno da terra que se concentram os conflitos. O solo e subsolo dessas terras são cobiçados por latifundiários (agropecuáristas, fazendeiros em geral) garimpeiros e mineradoras, madeireiras, assim como por camponeses que as grandes fazendas empurram para dentro dos territórios indígenas.

Atualmente a Constituição Brasileira respeita os direitos territoriais indígenas a partir de sua alteridade, enquanto grupos culturalmente diferenciados e reconhece as terras indígenas como direito originário e coletivo, excluindo de vez do debate sobre as terras indígenas o argumento quantitativo, *muita terra para pouco índio*, que o segmento contrário aos índios sempre levantavam durante os procedimentos demarcatórios.

É evidente que se deve reconhecer que um povo indígena e o seu território são assuntos indissociáveis: a existência de um povo estará preservada quando a sua coletividade (etnia) conseguir manter um território próprio.

## 2. OS DIREITOS INDÍGENAS GARANTIDOS PELO ESTADO BRASILEIRO<sup>2</sup>

Até 1916, quando da promulgação do Código Civil brasileiro, os índios eram considerados órfãos. Cabendo as decisões relativas aos povos indígenas aos Juizes de Orfãos, que reduziam a questão da perspectiva de “povos” ou “comunidades” para apenas de indivíduos. A partir desta data eles irão se tornar, perante a lei, pessoas com capacidade restrita, isto é, não poderiam ter a propriedade da terra que habitavam há milênios nem serem presos, votar ou assinar contratos comerciais.

Esse Código vinha sendo discutido no Congresso Nacional desde 1902 e no que toca a questão da *“incorporação definitiva dos aborígenes na sociedade brasileira”* havia a opinião geral de que os *“aborígenes deveriam ser considerados relativamente incapazes”* para certos atos e colocados sob a tutela do Estado. Buscando-se protegê-lo, o índio foi reduzido a um “meio-cidadão”. E foi criado o Serviço de Proteção aos Índios/SPI para assisti-los e representá-los perante a sociedade nacional.

Mais tarde, em 1928, o Decreto 5484, que regulamentou a situação dos índios nascidos no território brasileiro, estabeleceria como esse “meio

---

2 Todos sabemos que cada um destes povos indígenas tem um Direito próprio, não escrito, mas rigidamente obedecido e compactuado. Porém as teorias do Estado moderno dificultam a possibilidade de convivência, num mesmo território nacional, de sistemas jurídicos diversos acreditando que o Direito Estatal seja único e onipresente. O exemplo do Brasil, porém, com a existência destes vários povos indígenas, com maior ou menor contato com a sociedade brasileira, pode vir a recolocar em debate esta concepção. Exatamente esta possibilidade de modificação, esta “instabilidade” do Direito brasileiro é que ganha visibilidade quando o índio se encontra com a sociedade não indígena e trava com ela os primeiros conhecimentos jurídicos. Esta visão jurídica foi traduzida por Paiaré, autoridade Gavião-Parcatêje, por ocasião da passagem da estrada de Ferro Carajás em seu território:

*“A lei é uma invenção. Se a lei não protege o direito dos índios sobre as suas terras, o branco que invente outra lei”.* Por outro lado a simples existência destes povos, com sua realidade e direito próprios, deixa perplexo o mecânico raciocínio do Direito Estatal; o conceito de sociedade indígena lhe é incompatível: como enquadrar a idéia de território indígena aos limites individualistas do direito de propriedade? Como conter o conceito de povo nas restritas concepções de personalidade jurídica privada?

Para responder a estas questões o Direito Estatal se vê na contingência de criar regras legais capazes de aproximar conceitos, estabelecer parâmetros que enquadrem a sociedade indígena ao desenho de sua lei. Por vezes não basta a elaboração da lei, há uma distância entre a decisão legislativa e a execução de políticas de acordo com a lei vigente e, ainda, a aplicação judicial para solução de conflitos.

cidadão”, igual a um menor de idade, poderia tornar-se um cidadão completo e, logo, libertar-se da tutela: deixando de ser índio.

Portanto, desde 1916 até a Constituição de 1988 a condição de “índio” foi entendida pelo Estado brasileiro como passageira, não definitiva, pois os órgãos do governo que tratavam da questão indígena deveriam trabalhar para transformar o índio em “cidadão civilizado”. E por essa via transitória, o Estado brasileiro colocou os povos indígenas diante de um beco sem saída: se permanecessem como eram seus pais e avós, continuariam tendo a proteção do governo e seriam vigiados por funcionários que lhes imporiam como obrigação o abandono de sua condição de índios, e se deixassem de ser índios, perderiam a proteção do Governo e, por conseguinte, o direito a sua terra.

A Constituição imposta ao Brasil pelos militares em 1969, por outro lado, introduziu modificações importantes na legislação sobre os índios até então vigente. A principal delas foi estabelecer que as terras indígenas passavam a ser de domínio da União, cabendo aos índios apenas o seu usufruto.

Em 1973 o Congresso Nacional aprovou a Lei 6001, o chamado Estatuto do Índio, que regulamentava os tópicos da Constituição relativos aos índios. Essa lei determinava a condição social e política dos índios perante a nação brasileira e estipulava medidas de assistência e promoção aos índios, sobretudo como indivíduos. E fixava em lei as condições de tutela sobre os índios. Determinava também o prazo de 5 anos para o Executivo, a FUNAI, demarcar todas as áreas indígenas do Brasil, prazo que expirou em 1978 sem que até o momento(2008) tenha sido cumprido.

A FUNAI / Fundação Nacional do Índio, foi criada em 1967, em substituição ao SPI/Serviço de Proteção aos Índios, depois que os militares que assumiram o poder em 1964, realizaram uma devassa no SPI onde constataram uma série de irregularidades.

O Governo, através da FUNAI, demarcou várias áreas indígenas entre 1975 e 1979 e depois entre 1984 e 1985. Esses 2 “surto demarcatórios” aconteceram não em função da Lei 6001 ou da pressão dos índios, mas

sobretudo porque o Governo brasileiro, pressionado pelos interesses dos novos empresários da Amazônia, precisava ter claro qual a quantidade de terras públicas que poderia dispor para seus planos de desenvolvimento na região..

O mesmo governo<sup>3</sup> que possibilitou a demarcação de perto de 20% das áreas indígenas do país, viria ao final do mandato, propor uma espécie de “lei de Emancipação dos Índios”, visando acelerar o processo de “integração à comunhão nacional” dos povos indígenas, e, cujo objetivo, era retirar os poucos direitos reconhecidos aos povos indígenas.

Essa proposta desencadeou na opinião pública nacional um tal movimento contrário que o governo seguinte, do general Figueiredo, foi obrigado a arquivá-la. Esse movimento de opinião teve conseqüências importantes; das lutas contra a emancipação dos índios, nasceriam as entidades de apoio aos índios nas principais capitais do Brasil.<sup>4</sup>

E nos anos 80, estimulados pelas Assembléias indígenas<sup>5</sup> várias lideranças indígenas do país organizaram a União dos Povos Indígenas /UNI, na tentativa de criar o primeiro movimento autônomo dos índios brasileiros. A palavra de ordem desse movimento, e que era a bandeira das entidades civis, passa a ser a autodeterminação dos povos indígenas: o direito de cada povo indígena do país determinar ele mesmo seu futuro e destino.

No fim dos anos 70 e na década de 80 frentes de expansão econômica penetravam na Amazônia, chegando aos extremos norte e oeste do território brasileiro. A abertura de estradas nas selvas amazônicas, as chamadas “vias de integração nacional” (A rodovia Transamazônica,

---

3 Exercido pelo presidente Geisel no período de 1974/1975.

4 As Comissões de Apoio aos Índios/CPIs e as Associações Nacionais de Apoio aos Índios/ANAI, que se propuseram a denunciar à opinião pública brasileira as tramas do Governo contra os índios. Outras entidades nasceram por esta época com o objetivo de realizar um “indigenismo alternativo”, não oficial, como o CTI/Centro de Trabalho Indigenista, o Projeto Kaiowá-Nhandeva, a CCPY/ Comissão pela Criação do Parque Yanomami, a Operação Anchieta/OPAN, ligada a Igreja Católica, entre outras. Um outro grupo ainda, passou a realizar um trabalho de arquivo e levantamento documental paralelo para contestar os dados oficiais: o Programa Povos Indígenas no Brasil do CEDI.

5 que vinham sendo organizadas pelo Conselho Indigenista Missionário /CIMI, ligado a Igreja Católica,

a Cuiabá-Santarém, a BR80, a Perimetral norte etc..) encontrou vários povos indígenas ainda isolados do Brasil, quase extinguindo a todos: Waimiri-Atroari, Arara, Parakanã, Kranakôre. Outros ainda tiveram seus territórios invadidos e retaliados por projetos de colonização e de exploração agropecuária e mineral que surgiram depois das estradas, incentivados pelo Governo Federal. .

Assim, estimuladas pelas políticas de transportes, de incentivos fiscais e de abertura para o capital estrangeiro, desenvolvidas nos governos militares, as frentes de expansão projetaram os conflitos, decorrentes da ocupação desordenada, sobre as fronteiras do país.

Hoje a Amazônia e o Sudoeste do Pará continuam sofrendo um processo de ocupação desordenada e de destruição acelerada de suas riquezas naturais. Iniciadas com Projetos de grande porte como a construção da Hidrelétrica de Tucuruí, a implantação do Projeto Ferro-Carajás, assim como a abertura e a pavimentação de inúmeras rodovias, aliados a programas oficiais de colonização, tem sua continuidade com o PAC e continuam provocando profundas mudanças ecológicas e na vida das populações locais.

Convém lembrar que no governo Sarney (1986-1990), implantou-se o Projeto Calha Norte, que objetivava basicamente a vivificação da fronteira norte do país, a redefinição da política indigenista e o fortalecimento da presença militar na Amazônia.

Naquela época a redefinição da política indigenista se materializou com os decretos 94945 e 94946 ambos de 1987, que estabeleceram a participação de segmentos militares na definição de áreas indígenas e a distinção entre “índios aculturados” e “não aculturados”, medida que permitiu a redução violenta de áreas indígenas, particularmente na Amazônia. Os argumentos políticos é que as terras indígenas e as áreas de proteção ambiental congelam as riquezas existentes no solo e subsolo dessas áreas.

Mas a constituição brasileira de 1988, atendendo a mobilização da sociedade civil, reconheceu que os índios têm direitos originários sobre suas terras, têm direito a sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições. Isso quer dizer que o Estado e a Nação Brasileira reconheceram que os índios têm um modo de viver diferente

do nosso e o direito de explorar de modo próprio as terras que habitam. E estabeleceu, com clareza, os instrumentos da compatibilização da garantia dos direitos indígenas, a defesa da soberania e o desenvolvimento nacional.

A mesma Constituição diz ainda que aquele que nasce em território brasileiro é cidadão brasileiro. Logo, aos índios estão assegurados *“todos os direitos e garantias legais dos demais brasileiros”*. E a Lei 6001, o chamado Estatuto do Índio, dá ainda direitos especiais a esses cidadãos brasileiros chamados índios/indígenas. Não se pode mais falar em *“integração”* como se falava nos anos 70.

Além de reconhecer aos índios o seu direito a diferença, rompendo com a tradição assimilacionista que prevalecia nas Constituições anteriores, a Constituição atual institui a União como instância privilegiada nas relações entre índios e sociedade nacional, ampliando enormemente as competências dos poderes Legislativos e Judiciário quanto aos direitos indígenas.

É particularmente importante o reconhecimento constitucional das organizações indígenas que, nos termos do artigo 232, são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos direitos e interesses dos índios. Essa conquista estimula o surgimento e o crescimento das organizações indígenas locais e regionais e facilita o acesso dos índios às instâncias decisórias do processo institucional.

Nesse mesmo sentido, a Constituição estabelece relações diretas entre os índios e o Congresso Nacional e deles com o Ministério Público. Portanto os povos indígenas adquiriram condições de interlocução direta junto aos poderes da República, direito que deve ser agora assegurado politicamente.

Mas o Estado brasileiro, na verdade, continua como no passado, produzindo artifícios jurídicos para não reconhecê-los como povos, que ocupam um território delimitado, onde as leis e normas do Estado brasileiro não valem. Quer dizer, faz um grande esforço para não reconhecer a autodeterminação dos povos indígenas.

Em 1991, no governo do presidente Fernando Collor, foi editado o decreto de n.26 que descentralizava as ações assistenciais aos povos indígenas, de responsabilidade até aquele momento da Funai,



para os diversos Ministérios existentes. Este decreto desempenhou um papel importante na desarticulação do movimento indígena não institucionalizado. Este movimento exercia o controle social das ações governamentais que lhes diziam respeito através de um único alvo, a pressão sobre o órgão indigenista federal, no caso a Funai. Agora os chefes das aldeias e suas autoridades têm que se haver com uma multiplicidade de agentes, enfraquecendo-se em suas reivindicações.

Esta política foi acentuada no governo Fernando Henrique Cardoso. O seu governo muda os procedimentos para a demarcação das Terras Indígenas, revogando o decreto 22/91 e editando o decreto 1775/96, que inclui no procedimento administrativo do processo demarcatório a figura do “contraditório” .que outorga o direito de qualquer cidadão ou instituição contestar os laudos de identificação das Terras Indígenas, mesmo sob protestos das organizações indígenas e indigenistas, e ainda que afrontasse o Artigo 231 da Constituição. Como efeito imediato do Decreto 1775, o órgão indigenista governamental, Funai, recebeu uma avalanche de contestações, permitindo protelar os procedimentos demarcatórios, mesmo aqueles que já se encontravam em avançado estágio de demarcação.

Com o Decreto 1.775/1996, realmente foi criada uma enorme barreira para a regulamentação das Terras Indígenas. Atualmente há 574 Terras Indígenas oficiais, destas, homologadas, 83 já receberam até agora contestações, e o que dizer dos prejuízos para as terras indígenas cujo processo está por ser concluído? Há uma lentidão nos processos demarcatórios, que desde 2003 estão praticamente parados, o que radicalizou as formas de pressão e o descontentamento dos povos indígenas. Demarcar todas as TI requeridas é “terra demais”, que ficará indisponível ao agronegócio e ou a mineração. A pressão é tão grande que foi assinada portaria, em 2003, já no Governo do presidente Lula, reduzindo a TI Baú dos Kaiapó, no estado do Pará, em 317 mil ha - algo inconstitucional e sem precedentes na história do indigenismo brasileiro.

Os índios, no Brasil, vivem em terras férteis, cobertas de valiosas madeiras, cujo subsolo, rios e encostas cobrem as maiores reservas minerais brasileiras. O Estado brasileiro não permite a autodeterminação dos povos indígenas porque isso significaria a perda do controle sobre as riquezas naturais contidas em seus territórios.

Assim se a Constituição reconhece o direito dos índios ao usufruto exclusivo das riquezas naturais das terras que habitam, o faz guardando ao Estado o direito da interferência nessa exclusividade quando for do interesse da União. (artigo 231, parágrafo 5. da Constituição). Na prática o braço executor do Estado dificulta a consecução desses direitos constitucionais e o Judiciário ou se cala ou simplesmente não é obedecido.

A questão indígena não pode ser debatida apenas por especialistas “aqueles que entendem do assunto”, sob pena de deixar um perigoso espaço na consciência social para ser preenchido, seja pelos preconceitos e estereótipos vigentes na população brasileira há séculos, como consequência do processo colonizador, seja pelo sistema educacional ainda vigente entre nós. A questão indígena hoje está ligada a construção da cidadania em nosso país e deve se tornar um assunto compreensível e significativo para o conjunto da população.

A falta de consciência social, por conveniência ou omissão, contrasta com dois outros aspectos relativos à questão indígena. De um lado temos os inegáveis avanços obtidos no nível institucional, na Constituição Federal, bastante favorável aos índios e no compromisso do Ministério Público na defesa dos direitos indígenas (a quantidade e qualidade do conhecimento produzido nestes últimos anos tanto pela antropologia como pelas entidades de apoio, especialmente com relação às terras indígenas a às situações diferenciadas de contato e articulação entre comunidades indígenas e sociedade nacional; a importância do movimento e das organizações indígenas, cada vez mais atuantes, no nível regional e nacional). E, por outro lado uma vida cada vez mais difícil nas aldeias e nas terras indígenas. Situações dramáticas, devido aos incessantes conflitos com invasores, mortes violentas e falta total de recursos para as necessidades básicas como saúde, educação, transporte e mesmo alimentação.

Abandonados a sua sorte, os índios sucumbem às investidas, agressivas, de madeireiras e garimpeiros. Persiste também a resistência crônica por parte dos militares, dos políticos do norte do país e dos adeptos de um nacionalismo exacerbado, em reconhecer e apoiar as demarcações das terras indígenas, insistindo, apesar de todas as evidências em contrário, em uma política assimilacionista.

Em resumo, o avanço obtido no campo das instituições e do conhecimento não corresponde a uma melhora real da situação vivida pelas comunidades indígenas, no seu cotidiano.

### **3. OS IMPASSES DO APARATO INSTITUCIONAL.**

#### **3.1. O exemplo da educação escolar indígena.**

Este tópico procura exemplificar o maquiavelismo do Estado Brasileiro na sua relação com os povos indígenas - forma perversa de criar normas que distanciam a prática e consecução das ações do Estado da intenção da legislação - pensando a educação escolar indígena. Discute o contexto político educacional onde se move o debate da educação escolar indígena e algumas das principais conseqüências da mudança no aparato institucional responsável pela educação escolar indígena no Brasil e os desafios que devem ser considerados na definição de uma política pública no país para os povos indígenas.

Via de regra, a política educacional tradicional tem se pautado pela suposição dominante de que a escola é o principal mecanismo para o desenvolvimento de uma ordem social democrática e igualitária e tida, ainda, como um significativo veículo de mobilidade social. No Brasil, diversas ações afirmativas na área educacional, entre eles o programa Diversidade na Universidade/Ministério da Educação MEC (2002/2004), com vistas a promover a equidade e a inclusão social das populações mais desfavorecidas e discriminadas, incluindo aí parte da população afrodescendente e indígena, encontram respaldo nesta concepção.

Não podemos esquecer que as escolas são, na verdade, agências de reprodução social, econômica e cultural e que, na melhor das hipóteses, oferecem aos grupos socialmente excluídos apenas uma mobilidade social individual e limitada. O apelo da política educacional atual para a “inclusão” social destes segmentos “excluídos” tem sido a promessa de acesso a educação escolar, acenando por meio do sistema de cotas ou de medidas compensatórias, o incremento da mobilidade social preconizada. Tenta-se diminuir a enorme pressão social sem mudar de fato os níveis de desigualdade econômica e social no Brasil.

E a educação escolar indígena? O debate sobre esta questão tem sido um debate enviesado: o cerne da discussão oscila entre a escolarização em si do estudante indígena enquanto indivíduo/cidadão, e aquela educação escolar voltada para o projeto político de um Povo, diferente daquele da sociedade nacional.

O discurso da escola como fator de integração nacional e mobilidade social tem sido legitimado pela “ascensão” de uns poucos estudantes indígenas (quando dentro desta ótica ela é bem sucedida) e tem justificado a situação de abandono da grande maioria das escolas nas aldeias e da ausência de novas propostas educativas atentas as especificidades das sociedades indígenas. As escolas nas aldeias têm sido, com raras exceções, réplicas das escolas das cidades: a mesma proposta de currículos, de critérios de avaliação, carga horária, estrutura de funcionamento etc. A escola sendo pensada como possibilidade de que os grupos indígenas se “incluam” na sociedade nacional, abandonando com o passar do tempo o seu modo próprio de ser. Esta “inclusão” se dando sob a justificativa da necessidade do domínio dos códigos da sociedade nacional. O discurso predominante que define a pesquisa educacional no Brasil, tem tido como preocupações mais importantes o domínio de técnicas pedagógicas e a transmissão de um conhecimento instrumental para a sociedade em questão. Como se o conhecimento escolar fosse algo objetivo, que devesse apenas ser transmitido aos estudantes e não uma representação particular de uma ordem dominante, um discurso privilegiado que é construído por meio de um processo seletivo de ênfases e exclusões.

Como já dito o Estado brasileiro com a Constituição Federal de 1988 reconhece aos povos indígenas o direito a uma cidadania diferenciada, por meio do reconhecimento de seus direitos territoriais e culturais e a questão da especificidade da questão indígena passa a ser gradativamente reconhecida e normatizada<sup>6</sup>.

---

6 São referências os artigos 210,215 e 231 da Constituição Federal, bem como a legislação e normas administrativas que regulamentam estes artigos, ou seja, Lei nº 9.394, de 20 de setembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (em particular os artigos 78 e 79); a Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, que aprovou o plano Nacional de Educação, particularmente no que diz respeito a educação escolar indígena e a Resolução nº 03/CEB-CNE, de 10 de novembro de 1999, que fixa as diretrizes nacionais para o funcionamento das escolas indígenas. O MEC propôs ainda Referencial Curricular para as Escolas Indígenas(RCNEI); os Referenciais para a Formação de Professores Indígenas

E a “educação indígena diferenciada” passa a ser o discurso orientador das políticas públicas. Mas esse diferenciado é compreendido por muitos povos indígenas como uma discriminação, uma restrição de que tenham acesso aos mesmos conhecimentos e informações das escolas da sociedade nacional. É vista ainda como justificativa da má qualidade de ensino oferecida:

*“Por que diferenciado? Por que nós somos menos que vocês? Por que vocês não querem que a gente cresça? Temos as mesmas condições de ser médico, engenheiro, advogado que os brancos. Os nossos conhecimentos nós temos dentro da na nossa aldeia mesmo, pelos nossos parentes, não precisa ser pela escola” ( Amilton Tupi-Guarani)*

*“O diferenciado é, na verdade, um pouco caso com nós, índios, é a má formação dos professores indígenas, que cursam apenas uma semana de aula e depois são jogados nas aldeias para dar aula sem condições” ( Amilton Tupi-Guarani)*

Se as autoridades indígenas tem sentido e denunciado o empobrecimento do diferenciado na prática escolar à má qualidade do ensino e a situação de penúria das escolas das aldeias, no aparato da política pública o discurso da especificidade da questão indígena vem sendo reduzido a uma questão técnica, relativa aos encaminhamentos técnicos-administrativos ou em relação a questões técnico-pedagógicas.

A escola não é apolítica, e a maneira pela qual o Estado, através de suas concessões, suas políticas de certificação e poderes legais, influencia as práticas escolares no interesse da ideologia dominante tem, no caso dos povos indígenas, um dos exemplos mais significativos e preocupantes.

Um desses exemplos é a implantação do calendário escolar nas escolas das aldeias, que é muito mais complexa do que pode parecer a primeira vista. Educadores governamentais pensam que é apenas uma questão de adaptação, de fazer alguns ajustes entre o calendário escolar tradicional (das escolas das cidades) e a situação de vida das aldeias (tempo de roça, de festas etc), ilustrando-os com desenhos indígenas, criando na língua indígena nomes para os meses, dias da semana, etc.

---

(documento SEF/MEC de 2002); as Diretrizes referente a formação de professores para o Ensino Básico, bem como e principalmente o Projeto Básico dos Cursos de Licenciatura.

Sob a máscara do respeito a diversidade cultural, se impinge aos povos indígenas uma nova forma de representação do tempo. A questão vai ainda mais além, é que o objetivo do calendário é o controle social do Estado sobre o andamento das atividades dos professores/alunos. O problema é: *quem deve exercer este controle?* Se pensarmos que este deve ser uma prerrogativa da comunidade para a qual a escola está dirigida, a questão é: *como a comunidade irá criar um mecanismo de controle das atividades exercidas por seus professores?*. Há de ter consenso interno para este exercício. Nesta posição, as instâncias oficiais, responsáveis pela implementação e acompanhamento das escolas nas aldeias, deveriam, ao invés de estar apenas fiscalizando, implementando essas novas práticas.

Estas questões tomaram uma importância muito grande quando a questão da educação escolar indígena foi deslocada, a partir de 1991, do âmbito federal (de responsabilidade da Fundação Nacional do Índio) para o âmbito das secretarias de educação estadual/municipal.<sup>7</sup> Existe uma coerção muito grande para que estes povos interiorizem as nossas práticas educativas, ainda que camufladas sob a égide do diferenciado, como o fizeram em tempos passados as escolas das missões religiosas. Voltaremos a este ponto mais adiante.

Longe de ser neutra, a cultura dominante na escola é caracterizada por um ordenamento e legitimação de formas privilegiadas de linguagem, modos de raciocínio, relações sociais e experiências vividas. Ao transferir uma cultura escolar voltada para um ordenamento urbano, com todos os seus dilemas, exclusões e contradições, para um modelo de escola indígena, estamos duplamente invalidando, por meio de uma desvalorização implícita ou explícita, outras formas e modos de vivência e saberes e a possibilidade de uma relação simétrica entre os “diversos” que tensamente compõem o eixo da relação Estado brasileiro e Povos Indígenas.

---

7 Os técnicos responsáveis por esta nova atribuição não estavam preparados para tal, não conheciam os índios, nunca haviam estado nas aldeias e viram este acréscimo de trabalho - que demanda inclusive um desgaste físico (andar a pé vários km, dormir e comer em condições precárias) - como um ônus, já que sem nenhum acréscimo salarial ou qualquer reconhecimento, nem mesmo por parte dos índios.

A proposta da educação escolar indígena tem produzido formas de conhecimento que legitimam um tipo particular de verdade, de estilo de vida. Essa é a relação entre poder e conhecimento, porque produz não só o conhecimento que distorce a realidade, mas também produz uma versão particular da “verdade”.

Nesta concepção de “verdade”, que é repassada aos povos indígenas, credita-se uma importância exagerada ao discurso do gerenciamento e administração como fundamental para garantir-se uma suposta eficiência e controle das práticas educativas. O discurso tido como “consciente”, mas na verdade extremamente conservador de parte dos professores indígenas integrantes de Conselhos Estaduais de Educação ou da Comissão Nacional de Professores Indígenas, instância consultiva do MEC/Ministério da Educação, é um exemplo significativo dessa redução do conhecimento ao domínio do aparato jurídico/administrativo. O domínio deste aparato referenda a posição destes professores como interlocutores preferenciais dos órgãos governamentais, legitimando assim este conhecimento técnico como imprescindível à melhoria da qualidade de ensino nas aldeias e do controle das práticas educativas. Estes professores indígenas não percebem que na quase totalidade do tempo a construção do seu discurso é que vem sendo controlado pelos órgãos governamentais. A linguagem da eficiência e do controle tem promovido mais obediência às normas do que análise crítica.

### 3.2 O índio é federal?

Como conciliar a proposição considerada pelas populações indígenas brasileiras, expressa na frase de uma liderança Kiriri, de que “*O índio é federal*”, e portanto, que as políticas públicas destinadas à elas deveriam estar sob controle das instâncias federais, com o fato de que o MEC não tem a atribuição de executar as ações de educação escolar no país? E que, muito pelo contrário, a questão indígena foi estadualizada com a implementação das ações educativas fragmentadas pelas diversas e autônomas secretarias de educação estaduais e municipais?

O decreto presidencial nº.26 de 1991 atribuiu ao MEC a competência para integrar a educação escolar indígena aos sistemas de ensino regular. O mesmo decreto atribuiu a execução dessas ações às secretarias estaduais e municipais de educação, em consonância com as diretrizes

traçadas pelo MEC, tarefa que até aquele momento era de competência da Funai, uma instância federal.

Atualmente há um distanciamento entre a esfera normativa e a executiva, agravada pelas características da organização federativa do Estado brasileiro, onde os estados federados têm autonomia na implementação das recomendações vindas dos Ministérios, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. Os estados têm também uma liberdade para interpretar e/ou adaptar ao contexto político local as normas emanadas de Brasília. Por isso também muito do descompasso entre uma proposição ministerial e as ações executivas vindas das secretarias estaduais/municipais que afetam diretamente as aldeias.<sup>8</sup>

Voltando a questão específica da educação acreditamos que, se o MEC só pode ter uma função normativa, a execução das ações educativas em Terras Indígenas deveria estar sendo atendida de modo particular, inovador, cuja viabilidade jurídico-administrativa deveria ser também um desafio para uma instância federal mais sintonizada com a realidade atual do movimento social indígena. Talvez assim pudéssemos pensar realmente em um *Sistema Integrado de Educação Indígena* para o país, já que as fronteiras políticas e territoriais dos povos indígenas não coincidem obrigatoriamente com os limites territoriais dos estados federados, não tendo portanto fundamento atrelar as ações voltadas para os povos indígenas às políticas diferenciais de cada estado da federação.<sup>9</sup> Com isso estamos querendo dizer que, por

---

8 Não cabe aqui a análise política da descentralização das ações assistenciais aos povos indígenas, mas quero apenas apontar o papel importante dessa descentralização na desarticulação do movimento indígena não institucionalizado. Este movimento exercia o controle social das ações governamentais que lhes diziam respeito através de um único alvo, a pressão sobre o órgão indigenista, no caso a Funai. Agora os chefes das aldeias e suas autoridades têm que se haver com uma multiplicidade de agentes, enfraquecendo-se em suas reivindicações.

9 Poder-se-ia pensar, por exemplo, em Programas de Educação, a exemplo do que já vem ocorrendo de fato em algumas situações, que teriam como recorte as macro etnias (Yanomami, Tikuna, Timbira, Terena, etc..) e/ou complexos culturais (Xingu, Javari, Alto rio Negro, etc.). O fator mais importante deste modelo seria a possibilidade de um projeto comum de cada um desses povos. Neste modelo, que dificilmente ultrapassaria mais que 30 complexos étnicos-culturais, não se consideraria o recorte político-administrativo dos estados e/ou uma continuidade territorial. Para cada uma destas unidades descentralizadas haveria um coordenador de área, que seria o responsável pela implementação do programa e sua execução. A ele estaria subordinada uma equipe técnica. Cada coordenação, dependendo da área e do



exemplo, o povo Guarani Mbya habita 5 estados do sul e sudeste do Brasil, e cada estado tem sua política própria para executar as ações escolares, cada um elaborando seus materiais didáticos, seus cursos de formação de professores indígenas, desconsiderando a unidade política e sociocultural do povo Guarani, e o mesmo poderíamos falar em relação aos Kayapó, aos Timbira etc. Ampliando o debate, todo o esforço do governo de enquadrar nos moldes tradicionais a proposta de escola indígena, deveria ser relegado a sua insignificância frente a questão política primordial: como o Estado Nacional deve definir a sua relação com os Povos Indígenas? Conhecer e pensar essa nova política deveria ser o desafio do Estado Brasileiro. Povos, que em alguns casos estão situados também além das fronteiras brasileiras, como os Matses, Ticuna, Guarani, Yanomami, Waiãpi, Tucano, Ashaninka, Macuxi, Wapixana, entre outros? Conhecer e pensar essa nova política deveria ser o desafio dos Estados da América Latina, ao menos. Sabemos hoje, por exemplo que o povo Guarani soma cerca de 105.000 mil pessoas tendo seus territórios dentro dos estados brasileiro, paraguaio e argentino.

Algumas questões: a relação do Estado Brasileiro com os diferentes povos indígenas deverá estar sempre dispersa pelas diversas instâncias governamentais voltadas para a totalidade do povo brasileiro? A “questão indígena”, passa apenas pela questão de promoção da diversidade cultural? É apenas uma questão de “inclusão social”, objeto das políticas públicas de promoção das populações socialmente menos favorecidas e discriminadas historicamente, como a população afrodescendente?

Ou o Estado Nacional reconhecerá de fato que ele deve se preparar para se relacionar politicamente com um número significativo de povos, completamente diferentes entre si, alguns com uma população de mais de 30 mil pessoas, ocupando cerca de 12% do território nacional? Ou reconhecerá, por meio de políticas e programas específicos para cada nação indígena, o desafio de reconhecer que a questão é mais que interiorizar a diversidade sócio cultural existente em nosso território? Ou que é preciso haver o reconhecimento político que estamos tratando

---

contingente populacional abrangido, teria bases de apoio nos núcleos urbanos maiores. Os Programas de área seriam financiados com recursos advindos do MEC em parcerias com os estados abrangidos por cada programa.

com povos, que ultrapassam por vezes as nossas fronteiras, e que devem ter sua autonomia política e não apenas cultural reconhecida?

O Estado Brasileiro precisa urgentemente redefinir o lugar da interlocução dada aos Povos Indígenas situados no Brasil. É necessária que o Estado reconheça a tensão decorrente da proposição de um projeto político geral, uniforme, para o conjunto dos povos indígenas e uma diversidade de práticas particulares exercidas por estas sociedades.<sup>10</sup>

Para isso o Estado Brasileiro deve se preparar para enfrentar um dos seus maiores desafios políticos: reconhecer a nação brasileira como uma federação onde as unidades políticas administrativas são além dos estados e municípios também os territórios indígenas, como é o caso da Colômbia.

### **3.3 O índio é federal?, mas quem é índio?**

O Brasil é um dos signatários da convenção 160 da OIT. A ratificação da Convenção 169 da OIT ajudou a facilitar o reconhecimento dos direitos indígenas por parte do Estado. Estabelecida em 1989, esta convenção representa um dos acordos mais importantes e progressistas sobre os direitos indígenas no direito internacional (Anaya, 1996). Ela

---

10 Vale a pena assinalar algumas das recomendações levantadas no documento “Perspectivas para as políticas de Educação Escolar Indígena” resultante da reunião de trabalho organizada pela Rede de Cooperação Alternativa Brasil/RCA:

- Instituir um Sistema Nacional de Educação Indígena como parte integrante do sistema de ensino da União, que permita a estruturação da educação indígena diferenciada, garantindo os recursos para sua efetivação.

- Criar uma Secretaria Nacional de Educação Indígena no Ministério da Educação para articular todos os níveis de ensino indígena e gerir a implantação do sistema nacional de educação.

- Implementar uma política de educação escolar indígena alicerçada em programas específicos redirecionando o relacionamento do Estado brasileiro com os povos indígenas.

A Rede de Cooperação Alternativa Brasil/RCA, é constituída por organizações não governamentais indígenas (CTI, CPI-AC, CCPY, ISA, e IEPE) e por organizações não governamentais indígenas (Associação Vyty-Cati dos Povos Timbira do Maranhão e Tocantins, Associação Terra Indígena do Xingu, Organização dos Professores Indígenas do Acre, Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro). O documento final citado é resultante da reunião realizada de 6 a 8 de agosto em Brasília, e contou com a participação de expressivas organizações de apoio e organizações indígenas que atuam na área de educação escolar indígena no Brasil. O documento final pode ser encontrado no site coordenadoras da RCA: CCPY([www.proyanomami.org.br](http://www.proyanomami.org.br)) e CTI([www.trabalhoindigenista.org.br](http://www.trabalhoindigenista.org.br)).

compromete os signatários governamentais a criar legislação especial reconhecendo os direitos dos povos indígenas à terra e áreas territoriais tradicionais, uso e propriedade dos recursos, educação bilíngue, respeito à leis consuetudinárias e participação nas políticas públicas que os afetam. A Convenção 169 aplica-se aos povos tribais e indígenas. Por tribais entende-se as pessoas “cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingue de outros setores da coletividade nacional e que são regidas total ou parcialmente por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação especial” (OIT, Artigo 1b). Por indígenas entende-se as pessoas “consideradas indígenas pelo fato de que descendem das populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou colonização e do estabelecimento das atuais fronteiras do Estado e que, qualquer que seja sua situação jurídica, conservam todas as suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas próprias, ou parte delas” (OIT, Artigo 1a).

Esta distinção entre as duas situações, povos tribais e indivíduos indígenas, é que é desconsiderada nas políticas públicas, como apontamos no início da nossa apresentação. Este “desconsiderar” tem um propósito, o de continuar confundindo as instâncias executivas, desviando a atenção dos pontos de tensão entre as identidades étnicas e a identidade nacional. Via de regra, os povos indígenas, são por força de lei cidadãos brasileiros e se consideram como tais, reivindicando, como todo cidadão os mesmos direitos, mas se consideram também como povos distintos da sociedade nacional, exigindo direitos específicos como tais. Manifestam assim uma dupla cidadania.

O problema para os governantes é a crescente autonomia das organizações indígenas e o crescimento das reivindicações por demarcação de terras. Há todo um aparato jurídico para reprimir as demandas indígenas pelo reconhecimento de seus territórios concomitante a implementação de políticas educacionais, que sob o discurso da “inclusão social” tem promovido um verdadeiro êxodo de jovens para as cidades em busca da continuidade de seus estudos. Este processo alivia a pressão em territórios insuficientes para atender o crescimento demográfico destes povos e as conseqüentes reivindicações de ampliação de terras, além de aumentar a dependência política destas comunidades a política municipal, responsável pela oferta de escolas, e por onde os jovens indígenas passam a transitar.

O Brasil desconhece a imensa sociodiversidade contemporânea dos povos indígenas. Hoje, um estudante ou um professor que quiser saber algo mais sobre os índios brasileiros contemporâneos terá muitas dificuldades. Além do fato de serem poucas as pesquisas sobre os povos indígenas, a principal dificuldade reside na forma pela qual a imprensa e os livros didáticos tratam a questão indígena, como algo do passado e descontextualizado do Brasil atual.

Historicamente, construções sobre nação- frequentemente concebidas como um projeto de mestiçagem assimilacionista- tenderam a reconhecer, embora marginalizando os povos indígenas como parte de uma dada nação, ainda que somente através da valorização do seu passado. O “índio” tem sido reduzido a uma figura identificada com as origens da América, a persistência da tradição e, mais recentemente, com uma relação integral com o meio ambiente e uma “relação especial com a terra”. Estes marcadores da identidade indígena vem sendo construídos pela sociedade nacional. Mas, quais são os marcadores que os povos indígenas querem construir para si em seus projetos de futuro?

Os próprios índios estão conscientes das dificuldades de se relacionarem de maneira mais digna com a sociedade brasileira e reivindicam novas formas de relacionamento com o Estado.

Esse tema tem sido levantado, por exemplo, em diversos encontros de professores indígenas. Há quase vinte anos atrás, em 1989, no documento final do I Encontro Estadual de Educação Indígena do Mato Grosso, uma de suas conclusões apontava *“que a sociedade envolvente deve ser educada no sentido de abolir a discriminação histórica manifestada constantemente nas suas relações com os povos indígenas”*. Em 1990 os professores indígenas de Rondônia encaminharam documento aos senadores da República solicitando *“para que se respeite os índios e suas culturas nas escolas não indígenas e nos livros didáticos”*. E, a Declaração de Princípios dos Povos Indígenas do Amazonas, Roraima e Acre escrita em 1991 e reafirmada em 1994 afirma que *“nas escolas dos não índios será corretamente tratada e veiculada a história e cultura dos povos indígenas brasileiros, a fim de acabar com os preconceitos e o racismo”*.

O Estado Brasileiro deveria considerar e distinguir no mínimo 4 realidades :

- A emergência de novos povos tribais(usando a terminologia da OIT) no cenário nacional que não se expressavam perante os “outros” como índios e que vem assumindo esta identidade nestas últimas décadas e não são considerados como “índios autênticos” pelo ideário nacional;
- os povos tribais (tradicionais, já reconhecidos como tais pelo Estado brasileiro) cujo crescimento demográfico faz com que as terras demarcadas pelo Estado Brasileiro para seu usufruto via de regra não mais suficientes para a sua sustentabilidade, e que são considerados, pelos territórios que ocupam, como entraves ao desenvolvimento nacional;
- os povos tribais ainda desconhecidos, isolados ou em situação de isolamento, que desconhecem a amplitude da nossa sociedade, ainda existentes em muitas regiões não só do Brasil, mas como da América Latina; e, finalmente
- o crescimento do número de cidadãos urbanos que vem se identificando como índios, e que vem reivindicando o acesso às políticas de inclusão social pensadas em princípio para os afrodescendentes.

O desconhecimento da situação indígena no país expressa a marginalidade e incapacidade do Estado Brasileiro. Exemplar é a diferença dos dados da Funai e aqueles apontados pelo censo em 2000 do IBGE em relação a população indígena no Brasil. Enquanto a FUNAI considera um total de 450 mil, o número dos aldeados conforme o seu censo. o IBGE contou 734 mil índios no Brasil. O que fazer com os outros 284 mil? Foram exterminados politicamente: não são índios “verdadeiros”, por isso não podem exigir direitos como tais. Só continuam sendo índios aqueles que permanecem nas aldeias. Diz-se regularmente que os índios têm sido invisíveis no interior das sociedades nacionais, mas esta invisibilidade tem adquirido formas diferentes, com repercussões distintas nos dias de hoje.

No Brasil pouco se sabe sobre a população indígena que vive em cidades. Há capitais, como Manaus ou Campo Grande, em que a população indígena é visivelmente significativa. Há cidades, como São Gabriel da Cachoeira (AM), em que a população indígena é majoritária. Há cerca

de 1.000 índios Pankararu (originários do Nordeste) vivendo em uma favela na zona leste de São Paulo (região sudeste), numa mesma rota que os migrantes nordestinos em busca de melhores condições de vida na maior metrópole brasileira.

Ainda há muita discussão sobre um entendimento consensual dos termos “raça” e “etnia”. Em alguns contextos eles até parecem semelhantes. Hoje “raça”, como um conceito usado nas Ciências Sociais, não tem mais o significado de fiel hereditariedade biológica (puramente genética), mas é a forma como as pessoas percebem suas diferenças físicas, e que influi na constituição identitária de indivíduos e grupos e nas suas relações sociais. É uma construção social que se serve muito da concepção que as pessoas têm das suas distinções fenotípicas e da genealogia. Nesse sentido, em toda a América Latina me parece, que se convencionou que “os índios”, como uma raça, são diferentes de negros e brancos.

Se “raça” tem a ver com diferenças no fenótipo, os grupos étnicos se constituem acima de tudo como “comunidades” organizadas que constroem sua identidade lançando mão de um amplo conteúdo sociocultural comum (religião, língua, costumes, origem e história.), em oposição a outras “comunidades”. Identidade étnica não tem a ver com o sangue. Está mais ligada a um complexo processo ideológico onde entra decisivamente o ato de afirmar-se e manter-se “diferente” em oposição a um “outro”, e também de ser visto como diferente pelo “outro”. Nesse sentido, podem existir várias “etnias” de uma mesma “raça”, e podem existir indivíduos que não pertencem a uma etnia particular, mas pertencem a uma “raça”.

O Estado brasileiro reconhece os direitos tanto dos que pertencem a uma “comunidade” específica, os quilombolas (mais próximo do aspecto “étnico”), como dos negros em geral. Seria ridículo se uma autoridade dissesse que os negros quilombolas que vivem em comunidade próprias são negros mais “verdadeiros” ou “autênticos” do que aqueles que vivem nas cidades. É o argumento que por vezes vemos aplicado para os índios. Se todos os “descendentes” dos negros são respeitados como uma só “raça”, por que com os indígenas tem que ser diferente?

A maioria daqueles que se assume como *índios* nas cidades, sabe muito bem a que povo (etnia) pertence, pois é gente que chegou recentemente

das aldeias. E ainda que não mantenham muito contato com a sua “comunidade”, eles continuam índios. Os outros são indivíduos que têm consciência da sua origem indígena biológica e cultural, mesmo que não consigam mais definir a etnia dos seus antepassados, e decidem identificar-se como indígenas. Eles são tão índios como os índios aldeados.

Este modelo de negação da identidade indígena está desmoronando aos poucos. Em toda a América Latina há todo um movimento de orgulho da ancestralidade, dos valores culturais e da identidade indígena. Por que a cidade de Salvador pode se dizer a cidade mais negra fora da África, e Belém (PA) ou Manaus (AM) não podem se orgulhar de serem as “capitais indígenas” do Brasil, se em todos os casos estamos tratando de “descendentes” de negros e de índios, respectivamente? Estamos falando aqui das tensões entre a constituição de identidade indígena e o pertencer a identidade nacional, “brasileira”, das tensões entre direitos individuais e direitos coletivos.

A questão de fundo é que as políticas públicas não consideram esta diversidade de situações. E, tratam a “questão indígena” de um ponto de vista homogeneizador. Aquilo que seria uma política correta para os indivíduos brasileiros indígenas, hoje vivendo nos centros urbanos, aplicada aos povos indígenas, terras indígenas, é uma política colonizadora, assimilacionista, que impõe uma proposta de futuro, principalmente através do processo de escolarização, de integração a sociedade nacional, provocando um contínuo êxodo de jovens para as cidades do entorno de seus territórios, E, assim procurando liberar a pressão interna existente em algumas Terras Indígenas sobre territórios insuficientes para a sobrevivência daquele povo (é o caso dos Terena, por exemplo) ou liberando estes territórios para a ocupação dos empreendimentos privados.

Esta concepção é referendada por grande parcela da sociedade brasileira, que ainda acredita que os índios não tem futuro em nosso país, já que que quando deixam “suas aldeias e seus costumes”, não são mais índios e se constituem apenas em uma herança cultural, algo do passado. No entanto, está se tornando cada vez mais evidente que os índios não só fazem parte do nosso presente, como farão parte do nosso futuro.

O campo da nossa reflexão, que vem justificando mesmo as possíveis boas intenções das políticas públicas, tem se movimentado assim em uma dicotomia estanque: de um lado a reificação da permanência de uma tradição imemorial, concebida como o horizonte de resistência destas sociedades ao nosso mundo e de outro a assimilação passiva de novos saberes e técnicas, tendo como horizonte a sua aculturação à este mundo novo. A história assim prevista condena as sociedades indígenas a desaparecerem paulatinamente ou as encerra em um “primitivismo” eterno. (Bocarra, 2001)

Somente podemos escapar desse etnocentrismo, que caracteriza nosso modo de enfocar as possibilidades de futuro desses povos, se pensarmos a história e as relações de contato destes povos com a sociedade nacional a partir das estratégias políticas (e lingüísticas) desenvolvidas por eles, na qual os dilemas impostos por nós, se refaz pelo uso e sentido que dão à eles em função de uma redefinição da noção de fronteira. Fronteira não mais concebida como um espaço marcando um limite real entre mundo “primitivo” e mundo “civilizado”, mas como um campo social onde as práticas e representações relativas à construção destes limites são estratégias constitutivas destes povos.

## BIBLIOGRAFIA

- Azanha, Gilberto: “O índio é federal? Causas e conseqüências da “des-federalização” das áreas indígenas”. – *CTI*. Brasília.2003  
[www.trabalhoindigenista.org.br](http://www.trabalhoindigenista.org.br)
- Azanha, Gilberto & Valadão, Virgínia; *Senhores destas Terras*
- Giroux, Henry: *Os professores como intelectuais*, ARTMED editôra, Porto Alegre, RS, 1997.
- Ladeira, Maria Elisa: “Projetando Novos Futuros: os dilemas da educação indígena”, Centro de Trabalho Indigenista, SP , 2000 in  
[www.trabalhoindigenista.org.br](http://www.trabalhoindigenista.org.br)
- “Desafios para uma educação escolar indígena”, FUNAI, 2006, *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil*
- Lux Vidal, *As terras indígenas no Brasil*
- Marés, Carlos Frederico



- Maturana, Humberto: *Emoções e Linguagem na Educação e na Política*.  
Editora UFMG, 1998
- Rede Alternativa de Cooperação: “Perspectivas para as políticas de Educação  
Escolar Indígena”, BSB, 2003.
- Depoimentos colhidos durante II Seminário das Mulheres Indígenas do Centro  
Oeste Paulista, realizado pela AMICOP, Bauru, SP, 2003.

**POLÍTICA CULTURAL DE RECONOCIMIENTO Y  
MULTICULTURALISMO EN PERÚ.  
ENTRE LA HOMOGENEIZACIÓN Y LA DEFENSA DE LA  
DIVERSIDAD CULTURAL**

*MERCEDES MANRÍQUEZ ROQUE<sup>1</sup>*

Deseo empezar compartiendo las palabras profundas de una niña de doce años de edad, Nuha Nuha, perteneciente al pueblo indígena Awajun del Perú, quien escribe una carta a su padre ya fallecido:

*“Me enseñaste que la tierra es nuestra madre. ¿Ves cómo transforma esa semilla? Me dijiste; y vi cómo ella paría al maíz, a la yuca y al plátano. La tierra es buena. Ella dio a luz a las plantas y a los animales, también a nosotros, si ella muere también moriremos juntos. Por eso no comprendo por qué la destruyen tanto ...*

*Nuestra madre está muriendo y no nos damos cuenta, la estamos lastimando con motosierras y tractores... Ella tiembla y se sacude en terremotos. Se molesta. Tengo miedo que nos castigue con rayos y diluvios ...*

*Cuando tengo ganas de llorar vengo solita hasta la cocha y me siento a la sombra de un renaco. Aquí donde estoy escribiendo esta carta en mi cuaderno. ¿Sabes por qué? Porque aquí se han escondido dos amigos míos que andan solitarios, no tienen crías ni pareja: uno es el delfín rosado y el otro es el manatí...*

---

<sup>1</sup> Asesora legal de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú – CONAP y consultora independiente en Derecho Indígena.

*Al delfín le gusta conversar y a veces creo que tú eres él; pero estoy preocupada porque hoy día aún no los he visto. Ojalá no estén enredados en las redes de los pescadores; o los hayan arponeado. Otra vez te morirías. No quiero que eso te vuelva a suceder. Si puedes ver al buen Ajutap por donde estás, pídele que nos ayude e ilumine a nuestros mayores, para entender, cuidar y respetar este santuario. Aquí está el verdadero paraíso. Paraíso verde, paraíso vivo, paraíso indígena, paraíso de la humanidad”.*

*Tu hija.  
Nuha Nuha*

Nuha Nuha nos trasmite con sencillez pero a la vez con una profunda sabiduría su sentimiento hacia la naturaleza como parte de su cultura viva y presente. Para los pueblos indígenas la naturaleza es su lenguaje, “*la naturaleza y el hombre son uno solo*” y a través de este lenguaje las presentes generaciones establecen la “*comunicación con sus ancestros, y se proyectan a las futuras generaciones*”. Pues parten de un punto común que es el territorio, no escuchar la voz de la naturaleza es morir tristemente y abandonado por ella. También, Nuha Nuha nos advierte que el mundo de la naturaleza se está acabando ante nuestros ojos como resultado de las actividades extractivas de los recursos naturales sin consideración del medio ambiente y la vida de las poblaciones locales.

Las reglas que impone el mercado global y las reformas estructurales del Estado impactan cada vez más negativamente en la sociedad, en particular en la vida de los pueblos indígenas cuyos derechos son permanentemente vulnerados. ¿No es acaso que necesitamos nuevas formas de comunicación entre los seres humanos? ¿No es acaso que debemos empezar a entender y a hablar el lenguaje de la naturaleza, que en el mundo indígena es un lenguaje transgeneracional de respeto a su verdadero paraíso?

Según el “Informe Mundial sobre la Cultura” de la UNESCO de 1998, la diversidad cultural, el pluralismo y la existencia de un mundo multicultural creativo y dinámico no pueden concebirse sin la inclusión

de los pueblos indígenas en el panorama mundial de la cultura. Cuando hablamos de los pueblos indígenas hacemos referencia a aquellos grupos culturales que comparten una lengua común que refleja fielmente su pensamiento y vivencias colectivas; todas sus relaciones sociales se expresan en formas de organización específica; comparten un territorio común manteniendo una relación filial y mítica; comparten una cosmovisión del mundo común constituido por un conjunto de valores, creencias, formas de comportamiento, tradiciones, que explican su origen y les permite autorreconocerse como parte de una sola cultura, con usos y costumbres diferentes a los del resto de la sociedad nacional.

La población indígena en el Perú es de más de ocho millones de habitantes, donde los pueblos quechua y aymara de la región andina son los de mayor población; mientras, la población indígena de la región amazónica, según el Censo de 1993, asciende a 299.218 habitantes. Transcurrida más de una década la proyección estimada de la población indígena amazónica es de 500.000 habitantes aproximadamente. Hay que señalar, en el caso de los pueblos indígenas amazónicos, que no obstante la implantación de distintas políticas de asimilación e integración de dichos pueblos al Estado-nación, existen 47 pueblos indígenas en permanente resistencia por su supervivencia cultural ante las amenazas políticas y económicas derivadas de su relación con la sociedad mayor. Hay que señalar que hasta 1997 son 11 los grupos que han desaparecido física o culturalmente y 18 están en proceso de extinción al contar con una población menor a 225 habitantes<sup>2</sup>.

La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo ha llamado la atención sobre la urgente necesidad de garantizar los derechos culturales de las poblaciones autóctonas. Estos pueblos tienen una dependencia muy fuerte y directa de sus tierras, lo que significa que las políticas y las leyes no pueden limitarse a la protección de su derecho a la expresión cultural; deben también garantizar las bases materiales de la existencia de sus comunidades.

---

2 Tratado de Cooperación Amazónica, Tratado de Cooperación Amazónica. CEAlA. Amazonia Peruana, Comunidades Indígenas y Tierras Titulada. Atlas y Base de datos. Lima, 1997. p.10.

En este sentido, la presente ponencia “Política Cultural de Reconocimiento y Multiculturalismo en Perú. Entre la Homogeneización y la Defensa de la Diversidad Cultural”, busca develar la realidad cultural de los pueblos indígenas amazónicos. ¿Quiénes son los pueblos indígenas amazónicos? ¿En qué radica su situación de vulnerabilidad? ¿Por qué la necesidad de que el Estado peruano establezca en consulta con los pueblos indígenas amazónicos un régimen jurídico especial para la protección de sus derechos colectivos? En definitiva, ¿por qué es urgente que el Estado defina una política de intervención cultural dirigida a proteger y a establecer el más absoluto respeto por el derecho a la diferencia cultural de los pueblos indígenas amazónicos y su acceso a la ciudadanía plena? Para ello, en primer lugar, analizaremos la fundamentación del derecho al reconocimiento cultural y a la defensa de la identidad cultural; en segundo lugar, identificaremos la problemática de los pueblos indígenas en el contexto de la globalización económica, en particular, su situación de vulnerabilidad ante la liberalización de los territorios comunales indígenas y el incremento de la inversión privada en el sector hidrocarburos; en tercer lugar, examinaremos la situación legal e institucional de los pueblos indígenas con énfasis en la debilidad jurídica e institucional existente para la protección de sus derechos humanos; finalmente, analizaremos los límites y posibilidades de una política cultural de afirmación de la identidad cultural inscrita dentro de un marco más amplio de la defensa de la diversidad cultural.

## **1 POLÍTICA CULTURAL DE RECONOCIMIENTO Y DEFENSA DE LA IDENTIDAD CULTURAL**

La antropología al reclamar el reconocimiento pleno de “culturas” –enunciado en plural– para todo tipo de sociedad humana a través de innumerables monografías que mostraron las técnicas, los instrumentos y productos, las formas de organización social, los modos de subsistencia, las cosmovisiones, el arte, las lenguas, de las sociedades humanas, ha cumplido un papel decisivo, aportando una perspectiva que rompía los determinismos biológicos o ecológico y presentaba en toda su riqueza y complejidad la diversidad cultural<sup>3</sup>. Las culturas aparecen como todos diferenciados pero que a la vez proyectan una imagen de “entidades” de cierta consistencia, como si se tratara de organismos. Consistencia

---

3 Velasco, Honorio M., “La Cultura, Noción Moderna”. p. 18 (Texto no publicado)

que al fin ha llevado a la introducción del término “identidad cultural”. Y otros términos, como “etnicidad” y sobre todo “grupos étnicos”, que han permitido referirse con ellos a sujetos sociales colectivos que han irrumpido en los diversos escenarios modernos, como bien dice Velasco, agitando a veces con vehemencia sus señas de identidad, especialmente si consideraban que hasta entonces no habían sido suficientemente visibles. Este desplazamiento se produjo después del paso del proceso al resultado, y revela que el reconocimiento como culturas, especialmente para las sociedades ágrafas, ha requerido un esfuerzo de comprensión para superar no solo el etnocentrismo, sino a la vez el cultocentrismo<sup>4</sup>. Dicho esto, los derechos culturales son los derechos del reconocimiento público de la diferencia cultural, de la identidad cultural, de la diversidad cultural.

Al respecto, la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966 destaca la dimensión colectiva de los derechos culturales, vinculando las culturas a un sujeto social colectivo cuando proclama en su artículo primero:

*“Todo pueblo tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos”*. Artículo 1.1.

*“Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura”*. Artículo 1.2.

*“En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad”*. Artículo 1.3

Asimismo, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992 proclama, entre otros derechos, que corresponde a los Estado proteger la existencia e identidad cultural de las minorías:

*“Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”*. Artículo 1.1.

---

4 Velasco, Honorio M. *op. cit.*, p. 19.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) de la ONU, mediante la Recomendación General XXIII relativa a los derechos de las Poblaciones Indígenas de 1997, ha exhortado a los Estados a que:

*“Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación”.*

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT de 1989<sup>5</sup>, constituye hasta el momento el instrumento jurídico internacional más avanzado sobre el reconocimiento y protección de los derechos preexistentes de los pueblos indígenas del mundo. En particular, reconoce la existencia perdurable de los pueblos indígenas y su contribución a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad, y a la cooperación y comprensión internacional. En esta línea, el Convenio en mención establece una serie de normas mínimas, a partir de las cuales, dentro del sistema de protección internacional de los derechos humanos, se empieza a configurar un marco normativo que busca conciliar los intereses de los pueblos indígenas y de los Estados hacia el establecimiento de formas de relación entre ellos.<sup>6</sup> Relación que deberá estar basada en tres principios fundamentales, respeto a la identidad cultural, consulta y participación. Estos principios informan la estructura, el contenido y operativización de todo el texto del Convenio.

5 El Convenio 169/OIT ha sido ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253 del 2.12.93. Ratificado por el Poder Ejecutivo el 17.1.94, entró en vigencia en el Perú el 2.2.95. De acuerdo con la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política de 1993 La Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional. Hasta septiembre de 2000 los países que han ratificado el Convenio 169 son: Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Fiji, Ecuador y Argentina.

6 A este respecto dice OIT: “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio No 169 de la OIT”, en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.html>. “El Convenio así actualizado se adoptó como Convenio núm. 169. Este Convenio establece un conjunto de normas internacionales mínimas, a la vez que mantiene las puertas abiertas para que, en aquellos países en donde es posible hacerlo, se adopten normas más avanzadas. Pretende contribuir al diálogo entre los gobiernos, las organizaciones indígenas y las organizaciones no gubernamentales, está siendo gradualmente ratificado por los Estados Miembros de la OIT y constituye la base de amplios debates nacionales en diversos países”.

¿Cuál es la filosofía del Convenio 169/OIT? El Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que estos seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales, manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado. Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan<sup>7</sup>.

El reconocimiento de la diversidad cultural interna y del derecho a la identidad cultural de los pueblos también se manifiesta en las Constituciones Políticas de los Estados. Las Constituciones de México, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador y Venezuela se inscriben en esta tendencia de los Estados hacia el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la Nación, y del derecho a la diferencia cultural dentro del marco del Estado-nación. Pero hay que decir que las Reformas constitucionales en Latinoamérica durante la década de los 90 si bien evidencian algunos avances positivos, también muestran ambigüedades en la concreción de algunos derechos reconocidos y en otros casos retrocesos. Aspecto que analizaremos más adelante, a propósito del impacto de la globalización económica sobre los derechos de los pueblos indígenas en Perú.

¿De qué hablamos cuando hacemos referencia al término “*política cultural*”? ¿El adjetivo “*cultural*” se emplea en un sentido restringido o amplio? Fernández Prado define una política cultural como un conjunto estructurado de intervenciones conscientes de uno o varios organismos públicos en la vida cultural. La palabra “*vida*” indica que nos referimos a aspectos sociales, compartidos, diferentes de los individuales y privados. Advierte que el adjetivo “*cultural*” se emplea en un sentido restringido: se refiere a determinadas manifestaciones sociales elevadas y ligadas al ocio, al placer y al perfeccionamiento.

---

7 OIT: “Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio No 169 de la OIT”, en [www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.html](http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.html)



Y destaca que esta definición tiene límites poco firmes. Como lo tiene también el ámbito de lo cultural en la acción política<sup>8</sup>.

Fernández Prado cita un párrafo de las reflexiones sobre el término “*política cultural*” de los representantes de la mesa redonda sobre políticas culturales de la UNESCO. Aunque no estamos ante una definición oficial, las reflexiones aportan elementos para la comprensión de lo que se quiere decir con el término “*política cultural*”:

*“Se ha juzgado preferible: a) entender por “política cultural” un conjunto de prácticas sociales, conscientes y deliberadas, de intervenciones o ausencia de intervenciones que tienen como objetivo satisfacer ciertas necesidades culturales mediante el empleo óptimo de todos los recursos materiales y humanos de que dispone una sociedad en ese momento; b) precisar ciertos criterios de desarrollo cultural y ligar la cultura al enriquecimiento de la personalidad y al desarrollo económico y social”*<sup>9</sup>.

Al respecto, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2001, siguiendo las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982) de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (*Nuestra Diversidad Creativa, 1995*) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998), reafirma que “*la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias*”.

Consecuentemente, en acuerdo a esta consideración de la cultura en su sentido más amplio, la UNESCO en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (México, 1982) afirma entre otros principios la “*identidad cultural*”, como principio que debe regir las políticas culturales. Se parte de la constatación que cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable, ya que las tradiciones

8 Fernández Prado, Emiliano: *Política Cultural y Administración Cultural*, Gijón, TREA, 1991, p. 18.

9 Fernández Prado, Emiliano: *op. cit.*, pp,18-19.

y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presente en el mundo. De manera que la afirmación de la identidad cultural contribuye a la liberación de los pueblos. Por el contrario, cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad.

Igualmente, en la Declaración de México sobre las Políticas Culturales, la UNESCO considera que la comunidad internacional tiene el deber de velar por la preservación y la defensa de la identidad cultural de cada pueblo. Esto exige políticas culturales dirigidas a proteger, estimular y enriquecer la identidad y el patrimonio cultural de cada pueblo; además, a establecer el más absoluto respeto y aprecio por las minorías culturales, y por las otras culturas del mundo. *“La humanidad se empobrece cuando se ignora o destruye la cultura de un grupo determinado”*. Hay que reconocer la igualdad y dignidad de todas las culturas, así como el derecho de cada pueblo y de cada comunidad cultural a afirmar y preservar su identidad cultural, y a exigir su respeto.

Dicho esto, para la UNESCO la defensa de la diversidad cultural se constituye en un imperativo ético, inseparable del respeto a la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los *pueblos autóctonos*. Con el límite que nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance<sup>10</sup>.

¿Cómo entender este nexo de interdependencia entre el reconocimiento y la identidad cultural?, Charles Taylor en su libro *“El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento”*, sustenta esta tesis, afirmando que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por falta de este; también por el falso reconocimiento de otros. Por tanto, el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido<sup>11</sup>. Frente a la política del universalismo

---

10 Artículo 4 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001.

11 Taylor, Charles: *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp.43-44.

que subraya la dignidad igual de todos los ciudadanos, Taylor sustenta la política de la diferencia (que también tiene una base universalista y por ello se genera una confusión entre ambas), según la cual cada quien debe ser reconocido por su identidad étnica. Con la política de la dignidad igualitaria lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, una “*canasta*” idéntica de derechos e inmunidades; en cambio –dice– con la política de la diferencia lo que se pide es el reconocimiento de la identidad única de este individuo o este grupo, el hecho de que es distinto de todo lo demás<sup>12</sup>.

Más adelante, Taylor señala que mientras la política de la dignidad universal luchaba por unas formas de no discriminación que eran enteramente ciegas a los modos en que difieren los ciudadanos, en cambio la política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que se haga de estas distinciones la base del tratamiento diferencial<sup>13</sup>. En consecuencia, dice:

*“... los miembros de los grupos aborígenes recibirán ciertos derechos y facultades de que no gozan otros canadienses si finalmente aceptamos la exigencia de un autogobierno aborígen, y ciertas minorías recibirán el derecho de excluir a otras para conservar su integridad cultural, y así sucesivamente”<sup>14</sup>.*

En palabras de Taylor hay una forma de la política del respeto igualitario, consagrada en el liberalismo de los derechos, que no tolera la diferencia porque: a) insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y b) desconfía de las metas colectivas. Aunque reconoce que esto no significa que esta modalidad del liberalismo trate de abolir las diferencias culturales. Dicho esto, Taylor señala que existen otros modelos de sociedad liberal que adoptan una línea diferente y exigen la defensa invariable de ciertos derechos. Estas modalidades de liberalismo están dispuestas a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme contra la importancia de la “*supervivencia cultural*”, y optan a veces a favor de esta última<sup>15</sup>. Taylor opta por este último tipo de modelo liberal.

---

12 *Ibid.*, pp. 60-61.

13 *Ibid.*, p. 62.

14 *Ibid.*, pp. 62-63.

15 *Ibid.*, pp. 90-91.

Como bien señala Walzer, Taylor describe dos tipos de liberalismo, mientras el liberalismo 1) está comprometido de la manera más vigorosa posible con los derechos individuales y, a partir de esto, con un Estado rigurosamente neutral, es decir, un Estado sin perspectivas culturales o religiosas o, en realidad, con cualquier clase de metas colectivas que vayan más allá de la libertad personal y la seguridad física, el bienestar y la seguridad de sus ciudadanos; el liberalismo 2) permite un Estado comprometido con la supervivencia y el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, o de un (limitado) conjunto de naciones, culturas y religiones, en la medida que los derechos básicos de los ciudadanos que tienen diferentes compromisos, o que no los tienen en absoluto, estén protegidos<sup>16</sup>.

Por su parte, para Kymlicka prácticamente todas las democracias liberales son multinacionales o poliétnicas, o bien ambas cosas a la vez, por tanto siguiendo a Gutmann, sostiene que “*el desafío del multiculturalismo*” consiste en acomodar las diferencias nacionales y étnicas de una manera estable y moralmente defendible. Uno de los principales mecanismos utilizados por las democracias liberales para acomodar las diferencias culturales –señala– es la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos. Sin embargo, en otros países se acepta cada vez más que algunas formas de diferencia cultural únicamente pueden acomodarse mediante medidas legales o constitucionales especiales, por encima –y más allá– de los derechos comunes de ciudadanía<sup>17</sup>. Así, para Kymlicka al menos, existen tres formas de derechos específicos en función de la pertenencia grupal que debieran ser garantizados: 1) derechos de autogobierno (la delegación de poderes a las minorías nacionales, a menudo a través de algún tipo de federalismo); 2) derechos poliétnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con determinados grupos étnicos o religiosos); y 3) derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de las instituciones centrales del Estado que los engloba<sup>18</sup>.

---

16 Walzer, Michael: “Comentario”, en, Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México, 1ª Reimpresión Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 139-140.

17 Kymlicka, Will: *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 3ra Edición, 2000, pp. 46-47.

18 *Ibid.*, p. 20.

En su argumentación, Kymlicka intenta demostrar que muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son consistentes con los principios liberales de libertad e igualdad<sup>19</sup>. Por ello, ante la retórica derechos individuales *versus* derechos colectivos propone distinguir dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer: restricciones internas y protecciones externas. Las restricciones internas implican la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros, y las restricciones externas implican la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Ambos tipos de reivindicaciones – dice– protegen la estabilidad de las comunidades nacionales o étnicas, pero responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso interno* (por ejemplo la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de las *decisiones externas* (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor)<sup>20</sup>.

En suma, con relación a los derechos de los grupos culturales, para Kymlicka lo fundamental es que se trata de derechos específicos que se otorgan en virtud de la pertenencia cultural<sup>21</sup>. Y no tienen que ver con la primacía de las comunidades por sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferenciados, es decir una ciudadanía diferenciada en función del grupo<sup>22</sup>.

Así las cosas, un Estado comprometido con la “*supervivencia de las culturas*” está llamado a establecer políticas de intervención cultural dirigidas a afirmar la identidad cultural de cada pueblo y a proteger sus diversas formas de expresión cultural. En esta línea, una política cultural de afirmación de la identidad cultural se inscribe dentro un marco más amplio de la defensa del pluralismo cultural, entendido como la interacción pacífica entre personas o grupos que proceden de horizontes culturales diversos. Y que pone énfasis en el derecho

---

19 *Ibid.*, p. 58.

20 *Idem.*

21 *Ibid.*, pp. 72-73.

22 *Ibid.*, p. 76.

a la diferencia cultural de las poblaciones autóctonas y su acceso a la ciudadanía plena<sup>23</sup>.

*“Las políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural es propicio a los intercambios culturales y al desarrollo de las capacidades creadoras que alimentan la vida pública”<sup>24</sup>.*

Pero ¿cuál es la finalidad de las políticas culturales para el desarrollo? El Plan de Acción de Estocolmo sobre Políticas para el Desarrollo de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, proclama como principio que la finalidad principal de las políticas culturales es fijar los objetivos, crear las estructuras y obtener los recursos adecuados para crear un medio humano favorable. Por la Conferencia afirma que:

- Las políticas culturales para el próximo siglo han de ser previsoras y responder tanto a los problemas persistentes como a las nuevas necesidades; (3)
- Las políticas culturales han de estar destinadas a crear un concepto de la nación como comunidad con múltiples facetas en el marco de la unidad nacional, fundada en valores que pueden ser compartidos por todos los hombres y mujeres, y que da acceso, espacio y derecho a la palabra a todos sus componentes; (6)
- Las políticas culturales también deberán estar dirigidas a mejorar la integración social y la calidad de vida de todos los miembros de la sociedad sin discriminación; (7)
- El gobierno y la sociedad civil deben aspirar a lograr una asociación más estrecha para la elaboración y puesta en práctica de políticas culturales que estén integradas en las estrategias del desarrollo; (9)

---

23 UNESCO: “Contribución de la UNESCO al Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004)”. Consejo Ejecutivo ex 162ª, reunión 162 EX/17 PARÍS, 9 de agosto de 2001 Original: Francés Punto 3.6.1 del orden del día provisional.

24 Artículo 2 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2001.

El segundo Informe Mundial sobre la Cultura ha planteado, entre otras recomendaciones políticas, que las políticas gubernamentales deben definir el reconocimiento cultural como un derecho básico del ser humano. Ello implica considerar que todos los miembros de una sociedad y de un Estado tienen los mismos derechos, en tanto respeten plenamente los derechos de los demás. Además, toda cultura que respete a los demás debe tener derecho al mismo reconocimiento de su identidad. Consecuentemente, todos los Estados deben establecer la legislación, las instituciones y las acciones políticas que mejor convengan a tales principios<sup>25</sup>.

## **2. GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

### **2.1. Globalización económica, transformaciones del Estado e impacto en la sociedad global**

El mundo ha dejado de ser un mundo de dos bloques para pasar a la hegemonía del mercado. La globalización de la economía iniciada a fines de los ochenta y profundizada durante la década de los noventa ha dado como resultado procesos de modernización y/o ajuste estructural creciente en las sociedades. Las fronteras económicas se han derrumbado. Este hecho está originando cambios sustanciales en el mundo, porque no se trata solo del terreno económico, sino también de avances significativos en el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicaciones que acercan a los productores y consumidores. Así, a nivel económico la globalización se expresa en el aumento del comercio internacional; la libre circulación de bienes, servicios y capitales; la creciente importancia de las inversiones extranjeras; la interconexión de los mercados financieros; y el rol preponderante de las empresas multinacionales.

Pero ¿cuál es la causa que explica la hegemonía de los sistemas de mercado? Se argumenta que el Estado de Bienestar en occidente no ha logrado resolver los problemas sociales. Contrario a sus objetivos de pleno empleo, seguridad social para todos, incremento del consumo

---

25 UNESCO: "Informe Mundial sobre la Cultura", 2000, en [www.crim.unam.mx/Botones1.html](http://www.crim.unam.mx/Botones1.html)

y garantía de un nivel de vida mínimo para las personas, lo único que ha generado ha sido más gasto público, gasto social, crisis fiscal y crecimiento del aparato burocrático del Estado. Los neoliberales responsabilizan al “*Estado interventor*” de la crisis de los setenta y ochenta. Lo acusan de ser lento, ineficiente y demandan un “*Estado menos intervencionistas*”, retomando los principios de la teoría liberal clásica. Un Estado que se despoje de los sectores que venía administrando y los traslade al sector privado, electricidad, salud, agua, telefonía, etc. El Estado en este nuevo escenario solo debe limitarse a establecer las reglas generales, y permitir el libre juego de la oferta y la demanda, en otras palabras la “*libre competencia*”.

Frente a estas argumentaciones hay señalar que si bien el Estado de Bienestar no ha logrado resolver los problemas sociales, sí ha sido un motor importante en la generación de transformaciones en este orden, al ubicar al hombre en su dimensión social y darle a la libertad un sentido nuevo de libertad social creadora de derechos económicos y sociales en favor de la familia, los trabajadores, las personas de la tercera edad, y de sectores sociales vulnerables. Con el Estado de Bienestar se ha dado un nuevo sentido a la democracia, donde se conjugan los distintos intereses de los grupos humanos y se abren espacios de participación y asunción de derechos no solo de los individuos sino también de los conjuntos sociales.

Pero en la práctica, las políticas neoliberales se han impuesto en la sociedad global a partir del *Consenso de Washington*, conjunto de requisitos económicos marcados por el gobierno norteamericano y las instituciones con sede en esa ciudad (FMI; BM; OMC), y que parecían ser compartidos por los principales *think tank*, por los gobiernos de buena parte del mundo (incluidos los del tercer mundo) y por las instituciones financieras<sup>26</sup>. Williamson, en el decálogo del *Consenso de Washington*, enumera los siguientes requisitos indispensables para el desarrollo: (1) disciplina presupuestaria; (2) reorientación del gasto público desde los subsidios indiscriminados a actividades ineficientes hacia la sanidad, la enseñanza primaria y las infraestructuras; (3) reforma fiscal encaminada a ampliar la base imponible y a mantener

---

26 Monedero, J. C.: “Mundialización y Transformaciones del Estado: Perspectivas desde la Ciencia Política”, en J. C. Monedero, *Cansancio del Leviatán: Problemas Políticos en la Mundialización*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 362.



tipos marginales moderados; (4) liberalización financiera (sobre todo en lo relativo a los tipos de interés); (5) tipo de cambio competitivo; (6) apertura comercial; (7) liberalización de la inversión directa extranjera; (8) privatización de empresas públicas; (9) desregulación (esto es, eliminación de barreras a la entrada y salida en los mercados de trabajo y de productos); y (10) derechos de propiedad (privada, claro está) garantizados, especialmente en el sector informal<sup>27</sup>.

Las políticas nacionales de los Estados, unas con mayor intensidad que otras, se han visto presionadas por las transformaciones iniciadas a partir del consenso económico neoliberal que se traduce en un desmontaje del Estado de Bienestar. Los gobiernos privatizan, desregulan, flexibilizan, liberalizan y desburocratizan porque prima el concepto de que *“hay cosas que el individuo hace mejor que el Estado”*. Con ello, el elemento neoliberal que tiene el proceso de globalización acaba influyendo en la disfuncionalidad del Estado, el mercado y la sociedad, generándose un conflicto de intereses y confrontaciones entre empresas nacionales e internacionales, empresas y Estado, sociedad y Estado, y sociedad y empresas. Dando como resultado un Estado que reduce sus funciones a favor del mercado y en detrimento de la sociedad.

En este contexto la sociedad civil busca estrategias para oponerse a la hegemonía de las multinacionales, actores centrales de la economía mundial, y a los efectos negativos de las políticas neoliberales sobre la vida de millones de seres humanos del planeta cada vez más sumidos en la pobreza y extrema pobreza. La sociedad civil, aboga por una *“globalización solidaria con rostro humano”*. Lo que se está configurando en el mundo es un movimiento de movimientos, tipo Foro Social de Porto Alegre. Los niveles de movimientos nacionales intentan coordinarse entre sí dentro de un proceso autoorganizativo. Hay pues un esfuerzo por internacionalizar las propuestas de los distintos sujetos o grupos sociales de interés, sindicatos, mujeres, ecologistas, partidos políticos, por citar algunos, que buscan influir en la regulación del mercado global. No obstante, las limitaciones que enfrenta el movimiento social para articular los diversos intereses, necesidades y expectativas de las personas y grupos que participan en

---

27 Williamson, J.: “What Washington Means by Policy Reform?”, en J. Williamson (ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington DC, 1990, pp. 5-20.

él, y por su accionar en paralelo a las grandes reuniones de los Estados, Foro Económico, el G8, entre otros. Podemos mencionar un ejemplo reciente de su influencia en las grandes decisiones de los Estados centrales del sistema mundial, el “*Acuerdo del G8 respecto a la deuda de África*”, lo que demuestra que abordar la pobreza en el mundo más que un problema técnico es un problema de falta de solidaridad de los países desarrollados.

## **2.2. Impacto de la globalización económica en los países del tercer mundo**

Desde fines de la década de 1980 e inicios de 1990, los países del tercer mundo enfrentaban serios problemas derivados de la crisis de legitimidad de las democracias, la inestabilidad económica, la inseguridad jurídica, la excesiva burocratización del Estado y la falta de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en las decisiones políticas del Estado. A esto se añade que fueron el centro de la aplicación de las políticas de ajuste derivadas del *Consenso de Washington*. Pero el problema del *Consenso de Washington* fue ignorar la *equidad* dentro de los requisitos de política económica. Cuando es en Latinoamérica donde el FMI implementa más estas políticas de ajuste. Este hecho ha tenido sin duda consecuencias negativas, porque estamos ante uno de los continentes con mayor desigualdad y concentración de la riqueza en manos de unos pocos. Igualmente, se excluye el tema *medioambiental*, cuando es sabido que la mayor parte de los conflictos socioambientales en los territorios de Latinoamérica se generan por la presencia de empresas transnacionales extractivas de los recursos naturales.

Lo cierto es que los Estados en Latinoamérica pusieron en marcha un “*Programa de Reformas Estructurales del Estado y sus Instituciones*” con la finalidad que el Estado solo se concentre en el diseño de las políticas generales y la atención de los servicios sociales básicos, entregando al sector privado la responsabilidad del desarrollo, el mismo que debe desenvolverse dentro de un ambiente adecuado de competencia y de mercado.

El objetivo es no aislarse, por el contrario, ser parte de la corriente económica, financiera y comercial del mundo nuevo, moderno, desarrollado y competitivo. Esta corriente ideológica en la práctica

ha llevado a un retroceso, limitación y negación de los derechos económicos, sociales y culturales, premisas del Estado Social, junto a una fuerte reducción del rol del Estado, por no ser compatibles con la economía de mercado.

Al respecto, Roitman sostiene que “el nuevo” proyecto de integración obliga a operar cambios en el quehacer del Estado, limitando sus funciones y reorganizando su papel con respecto al capital privado. Una desarticulación de las políticas a crear pleno empleo y posibilitar una redistribución de la renta se concreta al disminuir hasta la desaparición la participación del capital público en la creación de la riqueza nacional. Este proceso, conocido como reordenamiento neoliberal, requiere un Estado débil económicamente pero fuerte políticamente. Es decir, debe ser capaz de garantizar el orden y permitir las reformas, evitando que el conflicto social se desborde y cuestione el proyecto en sí mismo<sup>28</sup>. El Estado es por naturaleza opresor y limitador respecto a la sociedad civil, por lo cual solo reduciendo su tamaño es posible reducir su poder nocivo y en consecuencia la sociedad civil se verá fortalecida. De ahí que el Estado débil deba incluir también una tendencia a ser un Estado mínimo. Esta es la idea que está en la base del Estado débil<sup>29</sup>.

Así, la implementación de los “*Programas de Reformas Estructurales del Estado y sus Instituciones*” en Latinoamérica ha significado, entre otros aspectos, promover la inversión extranjera; garantizar la igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales; otorgar estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros; eliminar las trabas legales y administrativas; promover el desarrollo empresarial; y ubicar al sector privado como el protagonista del desarrollo económico (privatizaciones y explotación de los recursos naturales).

Para Roitman, punto de vista que comparto, en todos los países de América Latina el proyecto se ha realizado a través de métodos violentos de exclusión social, política y económica. Sus fundamentos de legitimación coinciden: Pinochet, Fujimori, Menen, Carlos Andrés

---

28 Roitman, Marco: “América Latina en la Ideología de la Globalización: Los Límites de sus Proyectos”, en J. C. Monedero, *Cansancio del Leviatán: Problemas Políticos en la Mundialización*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 127.

29 Sousa S., De Boaventura: *El Milenio Huérfano: Ensayos para una Nueva Cultura Política*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 252.

Pérez, Gaviria, Violeta Chamorro, Aylwin, Frei, Salinas de Gortari, Vicente Fox, Duhalde o Toledo. Todos señalan como la causa de los males las expectativas de democracia que levantó la intervención estatal de las décadas precedentes con sus retóricas de la redistribución del ingreso, políticas de inversión pública en salud, vivienda, infraestructura y control fiscal sobre los beneficios del capital<sup>30</sup>.

De hecho, este mundo globalizado, moderno y competitivo impone nuevos desafíos a los Estados latinoamericanos, cómo lograr que todos los sectores sociales participen en igualdad de derechos y oportunidades en la vida económica del país; cómo conseguir ser una nación competitiva sin renunciar a nuestra identidad pluriétnica y cultural; cómo conseguir ser una nación competitiva respetando los aspectos sociales, culturales y ambientales asociados al desarrollo; y cómo lograr una reforma del Estado más sensible a los derechos de las personas y grupos sociales vulnerables, capaz de proveer las condiciones necesarias para que no sean absorbidos por el mundo competitivo del mercado.

### **2.3. Características de los proyectos políticos sobre pueblos indígenas en Perú**

Con el desprendimiento de la Monarquía española, constitucionalmente el Perú se define como un Estado-nación negando la existencia de la diversidad de entidades culturales andinas y amazónicas que la componen. Cuando hablamos de Estado-nación establecemos la dominación de un sector sobre otro que no es homogéneo, esto ocurre en países pluriculturales como el nuestro, donde la falta de reconocimiento de las diferencias culturales ha llevado a la exclusión de los pueblos indígenas del Estado y la sociedad nacional. Esto es que una minoría homogeneiza a una mayoría. Este proceso de negación histórica viene desde la colonización europea del siglo XVI, en la que tiene lugar la confrontación de dos concepciones distintas del mundo y del hombre. Por un lado, la europea representada por España, en cuya formación y pensamiento el cristianismo había contribuido, y por el otro, se hallaba América cuyas características étnicas eran completamente diversas.

---

30 Roitman, Marco, *op. cit.*, p.127-128.

La historia da cuenta de los proyectos políticos que en distintos períodos se han impuesto a los pueblos indígenas. Políticas cuyos enfoques sobre los pueblos indígenas han marcado su relación con el Estado peruano

### **Período premoderno**

El proyecto colonial, asimiló a los *Ayllus*, adaptándolos a su mecanismo administrativo, cuidando de no atacar ni su estructura, ni sus costumbres mientras no implicaran un peligro inminente para el régimen colonial o para el credo católico. (República de españoles y República de indios)<sup>31</sup>. Los indios eran libres pero tenían un estatus legal peculiar, por el cual debían vivir en reducciones para asegurar su catequización, el cobro del tributo y el servicio personal.

### **Período moderno**

Distinguimos dos proyectos. El primer proyecto se inicia con la independencia 1821 hasta el año 1919, donde se buscó la asimilación de los pueblos indígenas al resto de la población no indígena, suprimiéndose por Decreto todas las barreras impuestas por la colonia entre indios y no indios, eliminándose la propiedad comunal indígena, como lo señala Pareja Paz-Solada:

*“Si la emancipación fue un positivo adelanto en materia política no lo fue en lo que se refiere a la justicia social. Careció de un programa agrario. Imbuida de liberalismo, atacó en nombre de sus postulados a las Comunidades. Se consideraron a estas como rezagos coloniales, como instituciones que convenía eliminar”<sup>32</sup>.*

Consecuentemente, desde la perspectiva liberal para ser libres los hombres tienen que ser iguales y en esta igualdad de todos ante la ley no hay indígenas sino peruanos. En este proceso, las Constituciones del Perú del siglo XIX *“guardan silencio sobre la existencia jurídica de los pueblos indígenas”*. En definitiva, los pueblos indígenas no tienen más derechos que los derivados de la libertad y la igualdad en tanto

---

31 Pareja Paz-Solada, José: “Comentarios a la Constitución Nacional”. Tesis. Dr. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú, 1939, p. 218.

32 Pareja Paz-Solada, José: *op. cit.*, p. 221.

individuos, ciudadanos, y en tanto miembros de la sociedad. Pero no se les reconoce derechos en tanto entidades colectivas en su condición de “pueblos”, con una identidad étnica-cultural diferenciada. Los pueblos indígenas desaparecen y pasan a pertenecer a la patria, a la República peruana, a la nación y al Estado. Se impone una estructura jurídico-política del Estado peruano donde las etnias indígenas no participan. En otras palabras, se pensó que las diferencias acabarían formándose una sola nación homogénea bajo un solo Estado monoétnico.

El segundo proyecto tiene lugar con el movimiento indigenista de 1920 hasta 1979, donde el enfoque homogeneizante del Estado se mantiene con criterios integracionistas. La idea presente es que el problema de los pueblos indígenas desaparecería a medida que se integrasen a la sociedad nacional. Así, las Constituciones de 1920 y 1933 buscaron la absorción de la cultura indígena por la cultura occidental. Si bien se otorga por primera vez estatus constitucional a las Comunidades Indígenas mediante el reconocimiento de su existencia legal y personería jurídica, y se establece la protección constitucional de sus derechos. Este reconocimiento se da dentro de una concepción agraria del problema indígena y de tutela que reduce a los pueblos indígenas a una condición de menores de edad. Por tanto, el Estado asume el tutelaje de las comunidades<sup>33</sup>.

De otro lado, con la Constitución de 1979 dentro de una concepción de Estado social de derecho, se da un tratamiento más orgánico e integrado a los derechos sociales y económicos, entre ellos, el Estado asume la obligación de reconocer la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas; respetar sus tradiciones; preservar sus manifestaciones culturales; garantizar su derecho a la educación; promover su desarrollo integral; y garantizar la integridad de la propiedad comunal de sus tierras. Así las cosas, la Constitución de 1979 reconoció ciertas peculiaridades de las Comunidades Indígenas, denominándolas, Comunidades Nativas (región amazónica) y Comunidades Campesinas (región andina).

---

33 Constitución Política de 1920 y Constitución Política de 1933.

## **Período posmoderno**

Este período se caracteriza por el reconocimiento de la diversidad cultural de la nación. De acuerdo con la Constitución de 1993 el Estado peruano reconoce y protege la diversidad cultural (Artículo 2 inciso 19). Este reconocimiento se sustenta en el respeto por las diferencias y en el derecho de las comunidades a gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que tienen los demás miembros de la sociedad peruana. No obstante, este reconocimiento no ha tenido como objetivo legalizar la naturaleza plural de la sociedad peruana dentro de la estructura de poder político del Estado; todavía hace falta una mayor conciencia nacional y democrática para entender que el problema indígena no es solo de los indígenas, es de la sociedad nacional en su conjunto.

### **2.4. Globalización económica y derechos de los pueblos indígenas de la Amazonia**

La vida de los pueblos indígenas de la Amazonia del Perú, es la historia de la invasión gestada por la Corona española en el siglo XVI, la evangelización de las misiones católicas, la violenta incursión de los caucheros a fines del siglo XIX, la amenaza de las migraciones sobre sus territorios tradicionales con el consecuente asentamiento de población proveniente de las zonas andinas, los impactos negativos de las políticas desarrollistas que no han tenido en cuenta las prioridades y participación de los pueblos indígenas. Es también la historia viva de los impactos de la explotación de los recursos naturales como caucho, shiringa, madera, oro, petróleo, entre otros; la caza y pesca comercial, la comercialización de plantas medicinales, la violencia política, y el narcotráfico. Pero también es la expresión de la resistencia cultural por mantener vigente los principios y valores que hacen parte de su identidad. Pueblos que no se resisten al cambio, pero que en este proceso buscan la afirmación de su propia singularidad, en el que la cultura es el eje central, siempre presente en la conciencia de su identidad cultural, vigencia de sus valores y prácticas culturales.

Desde 1990 en la sociedad peruana se han impuesto las corrientes mundiales que plantean la reforma urgente del Estado, la reinserción financiera en el seno de la comunidad internacional, la promoción de

la inversión extranjera otorgando amplias garantías a los inversionistas para hacer del país una nación competitiva. Así el gobierno, con el objeto de promover la inversión extranjera en las mejores condiciones contractuales, a partir de 1990 inició un conjunto de reformas estructurales del Estado y sus instituciones; asimismo, aprobó un conjunto de normas que garantizan la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales; otorgan estabilidad jurídica a los inversionistas extranjeros; eliminan las trabas legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas; y se traslada al sector privado la responsabilidad del desarrollo (privatizaciones y liberalización de los recursos naturales).

Pero estas decisiones políticas no se dieron en el vacío, respondieron a mandatos provenientes del *Consenso de Washington*, que marcan el actuar de los Estados. Así, basta citar el *“Memorándum de Políticas Económicas y Financieras del Gobierno del Perú para el Período 1999-2002”* impuesto por el Fondo Monetario Internacional que, entre otros aspectos, establecía que se intensificaría el programa de reformas estructurales iniciado a principios de la década de 1990 profundizando las privatizaciones y concesiones de explotación de los recursos naturales.

En el campo específico del sector agrario, se proyectaba vender 25.000 hectáreas de tierra agrícola. Programa que también incluía la titulación de tierras privadas, incluyendo la emisión de 80.000 títulos de tierras rurales, y la expedición de normas complementarias a la legislación de tierras. Asimismo, en el sector minería e hidrocarburos se establecía el incremento de las concesiones, proyectándose 10 lotes para exploración petrolera entre los años 1999-2001. En este sector, para el gobierno era clave la convocatoria al concurso del desarrollo del gas natural de Camisea y su correspondiente adjudicación.

Pero ¿cuál es el impacto de estas reformas estructurales del Estado iniciadas en los 90 sobre los pueblos indígenas de la Amazonia? Al respecto, me centraré en la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas ante la liberalización de sus territorios comunales y el incremento de la inversión privada en el sector hidrocarburos.



## **Liberalización de los territorios comunales indígenas**

El gobierno, reconociendo que el desarrollo integral del sector agrario es prioritario y que corresponde al Estado promover el uso eficiente de las tierras y las aguas mediante la dación de normas que regulen su protección, conservación y aprovechamiento, aprueba el Decreto Legislativo 653 Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario de 1991. Con este Decreto se inicia el proceso de liberalización de la propiedad de las tierras ubicadas en la zona rural, cuyo dominio puede ser ejercido por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, en igualdad de condiciones y sin más limitaciones que las establecidas en el propio Decreto Legislativo 653 y la Constitución.

Así, la propiedad agraria puede ser libremente transferida, arrendada y gravada, es decir, sobre ella se puede constituir hipoteca o prenda agrícola a favor de cualquier persona natural o jurídica para garantizar el cumplimiento de alguna obligación.

Hay que destacar que hasta la Constitución de 1979, la legislación nacional establecía un sistema de protección comunitaria de la propiedad de las tierras de las Comunidades Nativas: *“las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables...”* (Artículo 163). Con la promulgación de la Constitución de 1993, se argumenta que el sistema de protección comunitaria ha impedido el desarrollo de las Comunidades; por tanto, es necesario incorporarlas al mercado mediante la liberalización de la propiedad de la tierra. Este retorno a las propuestas liberales genera inseguridad jurídica a las comunidades nativas sobre la tenencia y el control de sus territorios frente a terceros, pues se vulnera su única base territorial reconocida constitucionalmente hasta ese momento.

Así, el Segundo Párrafo del Artículo 89 de la Constitución, elimina la inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras comunales, porque señala que *“las Comunidades Nativas son autónomas en el uso y libre disposición de sus tierras”*. Con ello, se desarticula el sentido comunitario de la propiedad, debido a que se incorpora a las tierras de las Comunidades Nativas al mercado de la oferta y la demanda para su venta, arrendamiento, y otorgamiento en garantía de obligaciones u otros actos.

Con la Ley 26.505 denominada Ley de Tierras, de 1995, se consolida la liberalización de la propiedad comunal de las tierras o mercado de tierras pues incorpora las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas al mercado de la oferta y la demanda para su venta, arrendamiento y otorgamiento en garantía de obligaciones. Esta Ley lejos de promover el desarrollo de los pueblos indígenas acaba limitándolo, porque no otorga seguridad jurídica a las comunidades sobre la propiedad de sus tierras, base principal de su existencia y desarrollo. De este modo, la Ley 26.505 contraviene las disposiciones 6, 13, 14, 15 y 17 del Convenio 169 de la OIT.

Con respecto a la imprescriptibilidad de las tierras de las comunidades nativas, podría afirmarse que estas siguen siendo imprescriptibles. En efecto, si bien el Artículo 89 de la Constitución dispone que la propiedad de *“las tierras de las Comunidades Nativas es imprescriptible, salvo en el caso de abandono”*<sup>34</sup>; el Artículo 5 de la Ley 26.505 y su reglamento, se encargan de precisar que, la figura jurídica de *“el abandono de tierras, a que se refiere el Artículo 88 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, solo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella”*.

Y es que, siendo la *“concesión”* y el *“contrato de cesión en uso”* conceptual y jurídicamente diferentes; *“el abandono de tierras”* no debería ser aplicable a las tierras de aptitud forestal cedidas en uso a las Comunidades Nativas para su aprovechamiento. Pues crea una grave inseguridad jurídica, donde una interpretación literal por parte de las autoridades competentes podría llevar a la aplicación de la figura del abandono, revirtiendo al Estado gran parte de las tierras forestales de las Comunidades Nativas de la región amazónica.

En suma, pensamos que el gobierno tiene la obligación en acuerdo con el Convenio 169 de la OIT de consultar a los pueblos indígenas antes de aprobar cualquier medida legislativa susceptible de afectarles directamente e incorporar sus valores en el concepto y contenido de las leyes; pues ante la fuerte presión de la economía global de mercado

---

34 De conformidad con el Segundo Párrafo del Artículo 88 de la Constitución, las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

sobre sus territorios y los recursos naturales existentes en sus tierras, corresponde a los propios pueblos indígenas decidir cómo participar en este nuevo escenario de libre competencia, determinar sus propias prioridades y definir el marco normativo más apropiado que le otorgue seguridad jurídica para sus iniciativas de desarrollo. De otra manera, los pueblos indígenas estarían excluidos del régimen de seguridad jurídica que el Estado otorga a los inversionistas nacionales y extranjeros.

### **Incremento de la inversión privada en el sector hidrocarburos**

Para el sector hidrocarburos con la Ley Orgánica de Hidrocarburos 26.221 de 1993, se consagra el principio general de que *“El Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional”*. En consecuencia, la Ley 26.221 tiene como objetivos la creación de mercados competitivos en todas las actividades de hidrocarburos, desarrollar eficiencia en el subsector hidrocarburos, atraer mayor inversión privada, otorgar estabilidad tributaria, conceder arbitraje nacional e internacional, dar fuerza de ley a la protección del medio ambiente, entre otros.

La Ley 26.505 promueve el desarrollo de las actividades mineras y de hidrocarburos en las tierras indígenas tituladas; por tanto, para el ejercicio de las actividades mineras e hidrocarburíferas dentro de los territorios titulados de las comunidades se requiere de un *“acuerdo previo”* con ellas. Pero quedan en una posición vulnerable los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas que hasta la fecha no están titulados o se mantienen bajo la categoría de Reserva Provisional. Igualmente, entre otros aspectos, las tierras de las comunidades pueden ser afectadas por la imposición de la servidumbre o la expropiación para facilitar las actividades de hidrocarburos; la normativa legal sobre compensación o previa indemnización por el uso de las tierras comunales, no tiene en cuenta los impactos o perjuicios indirectos sobre comunidades vecinas con las cuales no se ha llegado a un *“acuerdo previo”*; los criterios de valorización de las tierras comunales no tienen en cuenta indicadores sociales y culturales; y la obligación de indemnizar a terceros por los perjuicios económicos de las actividades de hidrocarburos, no tiene en cuenta los impactos sociales y culturales.

En acuerdo con este marco normativo, entre 1994 y 1999 el gobierno, con el objetivo de garantizar el abastecimiento futuro del combustible en el país, llegó a suscribir cerca de 34 contratos de licencia para la exploración y/o explotación de hidrocarburos sobre aproximadamente más de 14 millones de hectáreas del territorio amazónico. Actualmente, el sector hidrocarburos tiene suscrito seis contratos de explotación y 32 contratos de exploración sobre cerca de 22 millones de hectáreas del territorio de la región amazónica. Gran parte de los lotes de contratos se encuentran superpuestos sobre los territorios de los pueblos indígenas. Estos contratos se ejecutan sin un marco regulatorio sobre procedimientos de consulta previa al otorgamiento de dichos contratos a los particulares en conformidad con el Convenio 169 de la OIT.

Cabe resaltar que los pueblos indígenas ante la promoción de la inversión nacional y extranjera en actividades de hidrocarburos, requieren de reglas claras, estabilidad jurídica y seguridad jurídica respecto de los derechos y responsabilidades que les asisten, en particular los relativos a su identidad, cultura, territorios, recursos naturales, salud, medio ambiente y desarrollo.

El derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de sus territorios tradicionales, así como a su control efectivo, es indispensable para su existencia y dignidad. Según Erica - Irene A. Daes, la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos pone de relieve varios elementos que le son propios: *“i) existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos; ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas”*<sup>35</sup>.

Por ello, la eficacia de un régimen especial de protección jurídica que evite que los pueblos indígenas y comunidades sean despojados de sus territorios o afectados en su derecho de uso, administración y

---

35 Daes, Erica Irene A. Relatora, Segundo Informe sobre las Poblaciones Indígenas y su Relación con la Tierra, E/CN.4/Sub.2/1999/18, 4 de Junio de 1999. p. 9.

conservación de los recursos naturales existentes en dichos territorios, es fundamental ante el desarrollo de proyectos hidrocarbúricos, y exigen un marco legal e institucional claro y estable, que asegure que los pueblos indígenas y comunidades puedan acceder a los mecanismos legales y administrativos existentes para proteger sus derechos a los territorios y recursos naturales.

En este contexto, hay sectores de los pueblos indígenas de la Amazonia que perciben la actividad petrolera como una amenaza sobre la vida de sus comunidades y el medio ambiente por los antecedentes negativos que aún están presentes en su memoria colectiva. Por lo mismo, parte de los pueblos Achuar y Candoshi del Pastaza y el río Corrientes de Loreto rechazan legítimamente las operaciones petroleras en sus territorios.

Pero también otros pueblos indígenas han empezado a utilizar los proyectos de explotación de los recursos naturales, como estrategias para negociar con el Estado y las empresas privadas su participación en los beneficios derivados de dichas actividades extractivas, así como para demandar que las operaciones de las empresas se realicen respetando su cultura y el medio ambiente de sus territorios.

Así, pueblos como los Matsigenka, Yine, Ashaninka del Urubamba y parte del pueblo Achuar del Bajo Corriente, frente al desarrollo de las actividades de hidrocarburos han declarado su disposición al diálogo y negociación con el objeto de que dichas actividades se desarrollen respetando su derechos de consulta previa y participación durante todas las fases de las operaciones.

Por otro lado, algunas empresas multinacionales petroleras desde 1996, unas con más decisión que otras, han empezado a desarrollar políticas corporativas que buscan establecer mecanismos adecuados de comunicación con las comunidades y sus organizaciones representativas para crear un espacio de diálogo que permita prevenir conflictos; y evitar en lo posible se afecte la vida de las comunidades, cultura y medio ambiente. Mientras, que otras, continúan con prácticas corporativas clásicas centradas solo en la obtención de beneficios, y su actuación queda restringida al cumplimiento de las reglas mínimas establecidas por el Estado.

En tanto que el Estado, si bien ha dado pasos importantes en la regulación de los temas ambientales y sociales que deben ser observados por las empresas petroleras, en el fondo no ha resuelto dos de los principales problemas planteados por los pueblos indígenas: 1) que las concesiones de exploración y/o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios se realicen previa consulta y con el consentimiento informado previo de sus comunidades antes que se otorguen los contratos a los particulares, para lo cual demandan la elaboración de un “*Reglamento de Consulta y Participación para las Actividades Extractivas de los Recursos Naturales en los Territorios de los Pueblos Indígenas*”, y 2) que los territorios de las comunidades indígenas sean reconocidos como entidades territoriales con la finalidad de percibir directamente los beneficios económicos (ingresos y rentas obtenidos por el Estado) provenientes de las actividades extractivas de recursos naturales en sus territorios.

### 3. SITUACIÓN LEGAL E INSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Llegado a este punto, me interesa hacer notar que si bien el actual marco regulatorio del Estado muestra algunos avances significativos con relación al reconocimiento y protección de los derechos indígenas, mediante la ratificación de instrumentos internacionales de especial relevancia<sup>36</sup>, este todavía está integrada por un conjunto de disposiciones que corresponden a diferentes períodos de gobierno y responden a políticas también distintas, ello sin contar que aún falta la adecuación de la legislación nacional a los principios y contenido de las normas internacionales. Por consiguiente, hace falta realizar mayores esfuerzos hacia la construcción de una política cultural para pueblos indígenas que integre los aspectos normativos e institucionales, para superar los vacíos y limitaciones existentes que afectan directa o indirectamente la identidad y formas de expresión cultural de los pueblos indígenas.

---

36 Convenios Internacionales como: Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, suscrito por el Estado peruano; Convenio 169 de la OIT de 1989, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26253 del 5.12.1993; Convenio de Diversidad Biológica de 1992, ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 26181 del 12.5.1993; Agenda 21, Capítulo 26 de 1992, suscrito por el Estado peruano; y Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1996, suscrito por el Estado peruano.

Como ya se mencionó, la Constitución Política de 1993 reconoce por primera vez a nivel constitucional la naturaleza pluriétnica y cultural de la nación peruana. De forma que el Estado adquiere la obligación de reconocer, proteger y respetar el derecho individual y colectivo de los pueblos indígenas a la identidad étnica y cultural. Así, *“toda persona tiene derecho: a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”*. (Artículo 2.19). En virtud de esta norma, el Estado acepta la coexistencia de diversas formas de vida y comprensión del mundo al interior de la sociedad peruana, distintas a la cultura occidental. Por ello, *“el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”* (Artículo 89).

Asimismo, la Constitución dispone que las Comunidades Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Esto significa que las Comunidades preexisten al reconocimiento formal por parte del Estado por el hecho de descender de los pueblos que habitaban el Perú antes de la constitución del Estado peruano. Por ello, el reconocimiento de la existencia legal y personalidad jurídica de las Comunidades Nativas es de carácter declarativo y no constitutivo de su personalidad jurídica.

Los pueblos indígenas y las Comunidades Campesinas y Nativas, de conformidad con la Ley 27811 sobre el Régimen de Protección de los Conocimientos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, son pueblos originarios con derechos anteriores al Estado peruano, *“los pueblos indígenas son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En estos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las Comunidades Campesinas y Nativas”*.

Cabe señalar, que las Comunidades Nativas se rigen por la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, DL 22175 y su Reglamento Decreto Supremo 003-79-AA. Pero estos dispositivos más que establecer un régimen de protección de los derechos de las Comunidades Nativas, promueven la expansión de la frontera agraria en la Selva y Ceja de Selva. No obstante sus limitaciones, consagra derechos básicos de las Comunidades con énfasis en la protección de la integridad del territorio indígena comunal.

Cabe resaltar que por la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Estado peruano asume la obligación de salvaguardar la vida de los pueblos indígenas y asegurar que dichos pueblos gocen en pie de igualdad, de los mismos derechos y oportunidades que la legislación otorga a los demás miembros de la sociedad nacional. Asimismo, el Estado asume la obligación de adecuar en consulta con los pueblos indígenas la legislación nacional a los principios y contenido de dicho Convenio, y a desarrollar acciones coordinadas con dichos pueblos para la implementación de sus disposiciones y protección de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con la Disposición Final Transitoria Cuarta de la Constitución, *“las normas relativas a los derechos y a libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*. En consecuencia, los derechos de las Comunidades Campesinas y Nativas consagrados en la Constitución y en la legislación nacional, se interpretan de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y otros tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos. Y, en caso de incompatibilidad entre la ley nacional y el Convenio, por principio de jerarquía el Convenio prevalece sobre la ley.

Por tanto, de acuerdo con la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT, la Ley 27811, el DL 22175, y la Directiva 012-2000-PROMUDEH/SETAI, los pueblos indígenas tienen existencia legal, son pueblos originarios anteriores a la formación del Estado peruano, y gozan de los derechos colectivos e individuales establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, y en la normativa nacional en su condición de *pueblos* y de *personas*.

Pero, por otra parte, en los últimos años el Estado ha aprobado un conjunto de Leyes que directa o indirectamente involucran derechos de las Comunidades Nativas, siendo un aspecto común de tales disposiciones, abordar los derechos de las Comunidades Nativas de manera sectorializada, dispersa y aislada. En tal sentido, las organizaciones indígenas vienen demandando al Congreso de la República la Reforma de la Constitución Política y en su caso, se elabore y apruebe una *“Ley de Pueblos Indígena”* con la participación de las Organizaciones Indígenas. La Constitución y la Ley deben desarrollar



los principios y contenido del Convenio 169 de la OIT y avanzar más hacia la afirmación de los derechos individuales y colectivos de los Pueblos Indígenas de la Amazonia peruana.

Ahora, con respecto a la estructura institucional, dentro del conjunto de reformas del Estado y sus instituciones, en la década de 1990 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, PROMUDEH, como la autoridad competente en asuntos indígenas a nivel del Poder Ejecutivo. Posteriormente, con el Gobierno del Presidente Alejandro Toledo se creó la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - CONAPA, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuya creación y posterior implementación institucional fue coaptada por el gobierno sin procedimientos transparentes y democráticos de consulta y participación de los pueblos indígenas. A esto se agrega un manejo no muy claro de los presupuestos de la Cooperación Internacional. Por consiguiente, el Estado a través de CONAPA no pudo cumplir con definir una política cultural para pueblos indígenas, CONAPA pasó a ser un “*proyecto de institucionalidad truncada*” que generó su posterior desactivación y sustitución por un nuevo organismo denominado Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA.

La desactivación de CONAPA se dio en un contexto de diálogo y negociación directa entre el Presidente de la República Dr. Alejandro Toledo y las organizaciones representativas de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos. Las organizaciones demandaron la construcción de un sistema de institucionalidad concertada entre el Estado y los pueblos indígenas, a partir de la “*Propuesta de Institucionalidad Indígena*” elaborada por las mismas organizaciones indígenas y que fue presentada al Congreso de la República en abril del 2003. En dicha propuesta se demanda el establecimiento de un Sistema de Institucionalidad que comprende la creación de un Organismo Público Descentralizado-OPD; la constitución de una Asamblea Nacional de Pueblos Indígenas y Comunidades, donde estén representados todos los pueblos indígenas del Perú; el establecimiento de un espacio de concertación y negociación de alto nivel, entre los pueblos indígenas con el Estado; y la creación de un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos.

Este proceso de diálogo y negociación culminó con la elaboración de un Anteproyecto de Ley para la creación de una OPD, pero el sistema de institucionalidad propuesto por las organizaciones no fue tomado en cuenta. La *“Propuesta de Institucionalidad Indígena”*, quedó reducida a la creación del INDEPA, por Ley 28.495 del 15 de abril de 2005, con un Consejo Directivo integrado mayoritariamente por representantes del Estado: de 23 miembros, solo 9 representan a los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano. El principio de composición paritaria demandada por las organizaciones andinas, amazónicas y afroperuanas no fue incorporado. La Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 28.495 prescribe que los miembros del Consejo Directivo del INDEPA serán elegidos y designados en un plazo no mayor de sesenta días desde la vigencia de la Ley y su Reglamento. Después de varios meses de negociaciones entre la administración del INDEPA y las organizaciones andinas, amazónicas y afroperuanas, sobre el procedimiento para la elección de los representantes de estas organizaciones ante el INDEPA, con un Presidente Ejecutivo sin Consejo Directivo, sin una estructura institucional orgánica en funcionamiento y sin presupuesto para el proceso eleccionario (problemática que logró ser resuelta por el gobierno), las organizaciones designaron a sus representantes ante el Consejo Directivo de INDEPA y su nombramiento se formalizó en febrero de 2006.

De modo que actualmente, el INDEPA es el organismo rector de las políticas nacionales, encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales de desarrollo y defensa de los derechos ancestrales y actuales de dichos pueblos; así como de coordinar con los gobiernos regionales, la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad e igualdad de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos. Lo cierto es que el INDEPA a pesar de haber convocado la participación indígena en su creación todavía no logra ser una instancia de participación indígena efectiva en la gestión pública que responda a las expectativas, intereses y prioridades de los pueblos indígenas.

#### 4. POLÍTICA CULTURAL DE AFIRMACIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL, LÍMITES Y POSIBILIDADES

Kymlicka nos da una visión de la “política de la diferencia cultural”, y de las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales en el ámbito interno como en el ámbito internacional:

*“El final del siglo XX se ha descrito como ‘la era de la migración’ porque cantidades ingentes de personas atraviesan las fronteras, haciendo que prácticamente todos los países sean más y más poliétnicos. También se ha descrito como ‘la era del nacionalismo’, ya que en todo el mundo es cada vez mayor el número de grupos que se movilizan y afirman su identidad. A consecuencia de todo ello, en muchos países las normas establecidas de la vida política se ven cuestionadas por una nueva ‘política de la diferencia cultural’. De hecho con el final de la guerra fría, las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales han pasado al primer plano de la vida política, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional”<sup>37</sup>.*

Cuando Kymlicka habla de “grupos nacionales” o “minorías nacionales” y de “grupos étnicos” lo hace para explicar dos modelos amplios de diversidad cultural. Así, las “minorías nacionales” serían aquellas culturas incorporadas, que previamente disfrutaban de autogobierno y estaban territorialmente concentradas a un Estado mayor. Una de las características de las culturas incorporadas –dice–, es su deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte y exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas. La incorporación de diferentes “minorías nacionales” en un solo Estado –dice– puede ser involuntaria; ejemplos de ello son la invasión y conquista de una comunidad cultural por otra o la cesión de la comunidad de una potencia imperial a otra, o el caso en que el suelo patrio es invadido por gentes dispuestas a colonizar dicha comunidad. Pero, también –dice– puede darse una incorporación voluntaria, como sucede cuando culturas diferentes convienen en formar una federación para su beneficio mutuo. Por tanto, un país que contiene más de una

---

37 Kymlicka, Will: *op. cit.*, p.265.

nación no es, un Estado-nación sino un Estado multinacional, donde las culturas más pequeñas conforman las “minorías nacionales”<sup>38</sup>.

Mientras que el segundo modelo de diversidad cultural serían las asociaciones de inmigrantes, a las que Kymlicka denomina “grupos étnicos”. Estos grupos o asociaciones surgen de inmigrantes que en forma individual o familiar han abandonado su comunidad nacional para incorporarse a otra sociedad. Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sean más permeables a las diferencias culturales<sup>39</sup>. Por consiguiente, un Estado será poliétnico si sus miembros han emigrado de diversas naciones<sup>40</sup>.

Pero hemos llegado a una época en que nuestras sociedades de hoy están compuestas por numerosos grupos, pueblos, naciones, etnias, que están sometidas a unos complejos procesos de diferenciación colectiva por razones muy diversas (étnicas, de género, culturales, lingüísticas, religiosas, etc.)<sup>41</sup>. Son precisamente, estos grupos culturales los que ahora demandan el reconocimiento de sus derechos a la lengua, a la preservación de sus prácticas culturales, al control de los espacios territoriales que tradicional o históricamente vienen ocupando y a la autonomía y autogobierno para dirigir sus propios destinos. En suma, exigen el respeto de sus derechos culturales, derechos relativos a su condición de personas pertenecientes a un grupo cultural y a su condición de sujetos colectivos, algo que a menudo se denomina el reto del multiculturalismo<sup>42</sup>.

En el caso peruano, sin duda, el Estado tiene la responsabilidad y autoridad para velar por la protección de los derechos de los pueblos indígenas, no obstante no existe la definición de una política de

---

38 *Ibid.*, p. 25.

39 *Ibid.*, pp.25-26.

40 *Ibid.*, p. 36.

41 López Calera, Nicolás: *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y Socialidad en la teoría de los Derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 25.

42 Hobsbawm, E.J. citado por Nicolás López Calera: *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y Socialidad en la teoría de los Derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 25.

intervención cultural nacional dirigida a proteger y a establecer el más absoluto respeto por la igualdad y dignidad de estos pueblos. Esta política cultural no existe, entre otras razones, porque desde que se promulgó la Constitución de 1993, el Estado peruano no ha cumplido con el mandato de elaborar una “*Ley Marco sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Perú*”. El DL 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, data de 1978. Por tanto, las Comunidades Nativas no cuentan con una legislación especial actualizada y armonizada con la legislación nacional vigente y los principios y contenidos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y regionales, relativos a sus derechos individuales y colectivos:

*“Definitivamente el actual marco legal incorpora una serie de modificaciones sustanciales en la relación Estado-Pueblos y Comunidades Indígenas; pero, desde nuestra visión no brinda garantías para la seguridad y estabilidad jurídica efectiva de nuestros derechos individuales y colectivos e impulso de nuestro desarrollo. Los Pueblos Indígenas, en acuerdo con el Convenio 169 de OIT, necesitamos con urgencia una Reforma Constitucional y una Legislación Especial que nos permita gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades de desarrollo y participación política, que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la sociedad peruana”<sup>43</sup>.*

En consecuencia, es urgente una política nacional específica para los pueblos indígenas y esta debe ser parte de una política cultural nacional de afirmación de la identidad cultural y de protección de las diversas formas de expresión cultural de los pueblos indígenas del Perú.

De otro lado, no existe un sistema de institucionalidad, en los términos que vienen planteando las organizaciones indígenas; como ya mencionamos, por tanto, se requiere de una institucionalidad clara, estable y confiable. Por lo que el fortalecimiento institucional de INDEPA, es clave en este proceso. Lo contrario crearía dudas sobre la capacidad de respuesta de una institución que está llamada a formular y aprobar las políticas culturales de desarrollo y defensa de los derechos

---

43 CONAP: *Propuestas para una Reforma del Estado, Desarrollo y Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Amazónicos del Perú*, Lima, 2006.

de los pueblos indígenas en general; y a cautelar los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, en particular. Por tanto, en este escenario la *“formulación, legitimación, implantación y evaluación de las políticas culturales del Estado para la afirmación de la identidad cultural y protección de las expresiones culturales de los pueblos indígenas con participación de sus organizaciones”*, se constituye en el gran desafío político-cultural para los próximos años en la sociedad peruana.

## 5. CONCLUSIÓN

Las políticas de ajuste (privatizaciones y concesiones de explotación de los recursos naturales) derivados del *Consenso de Washington* y aplicados por el FMI sin observancia de los temas de *equidad y medio ambiente* han generado impactos negativos en la propiedad de las tierras indígenas; conflictos socioambientales entre pueblos indígenas y empresas extractivas de recursos naturales; y conflictos entre pueblos indígenas y Estado por el incremento de las concesiones hidrocarbúferas, a las que se agrega las mineras y forestales, superpuestas sobre los territorios indígenas. Conflictos que se agudizan por la débil institucionalidad de las agencias del Estado para fiscalizar el cumplimiento de las leyes socioambientales, y por la profunda inequidad y exclusión de las reglas de la economía de mercado.

En el caso peruano, si se aspira a convertir al país en una nación competitiva dentro de una economía de mercado global, con reglas jurídicas claras y estables, entonces la estabilidad jurídica debe extenderse a todos los sectores de la sociedad sin distinción para poder operar en el mercado. De lo contrario, mientras continúe una legislación nacional divorciada de las normas internacionales, una legislación indígena desactualizada y dispersa entre las diferentes disposiciones sectoriales del Estado, los pueblos indígenas y comunidades estarán excluidos del régimen de estabilidad y seguridad jurídica que el Estado otorga a los inversionistas nacionales y extranjeros.

La globalización económica, las transformaciones del Estado y su impacto en la sociedad global, en particular en el caso peruano, exigen la implementación de un conjunto de políticas económicas y sociales pensadas en función del desarrollo humano. Ningún sector social debe

quedar al margen de estas políticas. Debido a que la globalización económica crea nuevas amenazas de desigualdad y profundiza las históricamente existentes. Hay que transitar de la globalización económica a la globalización de la solidaridad, de los derechos humanos.

Existe el riesgo de que en una sociedad abierta, donde no existen principios reguladores, las diferencias culturales pueden combinarse con un mundo económico no igualitario que puede acabar desplazando a los individuos y colectividades a posiciones de mayor desigualdad económica. Por ello, compartimos la posición de Touraune, cuando señala que la combinación de acceso igualitario al mundo tecnoeconómico y el reconocimiento de la identidad cultural se encuentra íntimamente vinculada a la idea de gestión democrática. *“La democracia solo puede definirse hoy como el sistema político que protege y fomenta el reconocimiento mutuo de los actores, en su esfuerzo por combinar su participación en el mundo tecnoeconómico con la protección de su identidad cultural”*. Por tanto, no hay lugar para las posiciones extremas de desaparición de las diferencias en una sociedad de masas o el enfrentamiento directo de las diferencias y las comunidades. Por el contrario es preciso aprender a combinar igualdad y diferencia<sup>44</sup>.

El Período Posmoderno debe significar la articulación de las diferencias y la diversidad, donde el Estado debe ampliar su base de legitimidad y democratizarse política, económica, social y culturalmente. Es importante fortalecer el desarrollo económico de los Estados; no hay duda que los países requieren intensificar su crecimiento, su estabilidad macroeconómica y sus reformas económicas. Pero mejorar las condiciones de vida de los seres humanos en el mundo exige una política social que compense las diferencias del mercado y armonice la visión de futuro de los Estados con la visión de futuro de la sociedad civil. En el caso de los países de Latinoamérica se trata de armonizar la visión de los Estados de *“Crecimiento, Generación de Empleo y Lucha contra la Pobreza”* con la visión de futuro de la sociedad civil: *“Globalización Solidaria con Rostro Humano”*. Para ello se impone la necesidad de un cambio de actitud desde el Estado, las empresas multinacionales y la sociedad para establecer *“nuevas formas entendimiento”*, lo que Monedero denomina una *“comunicación democrática horizontal”*. Que

---

44 UNESCO; *Informe Mundial sobre la Cultura*, 1998, en [www.crim.unam.mx/cultura](http://www.crim.unam.mx/cultura)

ha permanecido hurtada a los ciudadanos en nombre de la imparable lógica del mercado para la que los seres humanos, de nuevo, han pasado a tener la consideración de obstáculos. Una comunicación que permita alumbrar formas de ciudadanía globales, nacionales y locales, en una síntesis cooperativa y realista que respete la diversidad y que garantice los derechos que pretende profundizar<sup>45</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CONAP: *Propuestas para una Reforma del Estado, Desarrollo y Autodeterminación de los Pueblos Indígenas Amazónicos del Perú*. Lima, 2006.
- Daes, Erica - Irene A. Relatora, Segundo Informe sobre las Poblaciones Indígenas y su Relación con la Tierra, E/CN.4/Sub.2/1999/18 4 de junio de 1999.
- Fernández Prado, Emiliano: *Política Cultural y Administración Cultural*, Gijón, TREA, 1991.
- Kimlicka, Will: *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 3ra Edición, 2000.
- López Carera, Nicolás: *¿Hay Derechos Colectivos? Individualidad y Socialidad en la teoría de los Derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Monedero, J. C.: "Mundialización y Transformaciones del Estado: Perspectivas desde la Ciencia Política", en J. C. Monedero, *Cansancio del Leviatán: Problemas Políticos en la Mundialización*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- OIT: Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la Aplicación del Convenio No 169 de la OIT, en <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>
- Pareja Paz-Solada, José: "Comentarios a la Constitución Nacional". Tesis. Dr. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú, 1939.
- Roitman, Marco: "América Latina en la Ideología de la Globalización: Los Límites de sus Proyectos", en J. C. Monedero, *Cansancio del Leviatán: Problemas Políticos en la Mundialización*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Sousa S. De Boaventura: *El Milenio Huérfano: Ensayos para una Nueva Cultura Política*, Editorial Trota, Madrid, 2005.

---

45 Monedero, J. C. *op. cit.*, p. 367.



- Taylor, Charles: *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Tratado de Cooperación Amazónica, Tratado de Cooperación Amazónica. CEAIA. Amazonia peruana, Comunidades Indígenas y Tierras Titulada. Atlas y Base de datos. Lima, 1997.
- UNESCO: “Contribución de la UNESCO al Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004)” Consejo Ejecutivo ex 162ª, reunión 162 EX/17 PARÍS, 9 de agosto de 2001 Original: Francés Punto 3.6.1 del orden del día provisional.
- “Informe Mundial sobre la Cultura”, 1998, en [www.crim.unam.mx/cultura](http://www.crim.unam.mx/cultura)
- “Informe Mundial sobre la Cultura”, 2000, en [www.crim.unam.mx/Botones1htm](http://www.crim.unam.mx/Botones1htm)
- Velasco, Honorio M. “La Cultura, Noción Moderna”. (Texto no publicado)
- Walzer, Michael: “Comentario”, en Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México, 1ª Reimpresión Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Williamson, J.: “What Washington Means by Policy Reform?”, en J. Williamson (ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington DC, 1990.

## DE COLONIZADO A GLOBALIZADO: UNA RESPUESTA INDÍGENA A LOS DESAFÍOS DEL NUEVO MUNDO

*ROMEO SAGANASH<sup>1</sup>*

Quiero cordialmente saludar a los anfitriones, a los patrocinadores y participantes por organizar este importante seminario internacional, siendo preciso en el momento en que se hace, siendo también parte de una lucha contemporánea de los pueblos indígenas del mundo por el respeto y la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El tema de este seminario internacional es la globalización, los derechos humanos y los pueblos indígenas. Respecto de los estándares internacionales de los derechos humanos, los pueblos indígenas, como ustedes saben, han luchado durante muchos años para llegar a un acuerdo básico con los estados. En Canadá estamos llegando a convenios y otras formas de acuerdos con gobiernos no indígenas. Por eso, quiero comentar un poco ambos procesos.

Uno de los desafíos claves a los que se enfrenta la globalización de derechos humanos y pueblos indígenas en el mundo de hoy, es el racismo y la discriminación racial que se da en diversos ámbitos, tanto internacionales como nacionales. En relación a los pueblos indígenas, el racismo ha sido un elemento central de las prácticas y políticas coloniales de los estados. Podemos encontrar ejemplos de esto en varios países.

---

1 Gran Consejo de los Cree, Canadá.

El colonialismo y su consecuente doctrina de superioridad racial y cultural, nos han llevado a una serie de violaciones severas de nuestros derechos humanos básicos. Como la mayoría de ustedes bien sabe, dichas violaciones incluyen el desposeimiento extenso de nuestras tierras y recursos naturales, supresión de nuestros idiomas y culturas, imposición de leyes que niegan nuestras prácticas espirituales, marginación y exclusión.

Enfrentar esta herencia del colonialismo, así como sus consecuencias, es un gran desafío. Sin embargo, tenemos que enfrentar también el racismo y la discriminación racial de ahora, de hoy día, tanto como pueblos indígenas, así como individuos indígenas. La discriminación de los pueblos indígenas en el contexto de la globalización todavía se expresa en las políticas de los estados en los foros internacionales y regionales. No obstante han logrado, por lo menos en algunos ámbitos, avances significativos hacia un trato más respetuoso.

Cuando en las primeras horas del día 12 de octubre de 1492 uno de los marineros de Cristóbal Colón exclamó “tierra, tierra”, se inició alguna forma de globalización. Entrando a esta parte de la discusión, es esencial, en primer término, poner énfasis en nuestro estatus de pueblo indígena. La experiencia enseña que muchas veces la discriminación se inicia a través de la disminución injusta o la negación de nuestro estatus legal. Esto, al revés, lleva a limitaciones injustas o más bien a la inmediata negación de nuestros derechos humanos más fundamentales.

Los pueblos indígenas frecuentemente juegan un papel que contribuye sustancialmente a los movimientos sociales. Pero eso no significa que los pueblos indígenas seamos un movimiento social en sí, tampoco somos simplemente minorías. Desde este punto de vista, en la Constitución canadiense los pueblos indígenas, más que grupos étnicos o raciales, son entidades constitucionales. Los pueblos indígenas son los únicos pueblos en Canadá que pueden entrar a hacer contratos con estados, como lo confirma el Informe de la Comisión Royal de los Pueblos Aborígenes de 1996, “*con el fin de la autodeterminación de los pueblos aborígenes se deben entender como entidades orgánicas, políticas y culturales, no como grupos compuestos de individuos unidos por sus característica raciales*”.

Más allá de nuestro estatus constitucional, los pueblos indígenas tenemos una personalidad legal internacional, somos sujetos de derecho internacional. En la primera sesión del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas, en mayo de 2002, el Secretario General de las Naciones Unidas declaró que los pueblos indígenas están en casa en las Naciones Unidas. Como pueblos y naciones somos relevantes actores políticos, en ambos niveles, en el internacional y en el doméstico. Por ejemplo, los pueblos indígenas en todo el mundo participan como actores internacionales en una serie de procesos de creación de estándares internacionales. Esto es una manifestación sumamente positiva de nuestro derecho a la autodeterminación. Nuestras contribuciones a las Naciones Unidas y a los procesos regionales están ampliamente reconocidas en todas partes del mundo. Entonces, ¿por qué algunos estados tratan de negarnos nuestro estatus como pueblo bajo el derecho internacional? Algunos estados abiertamente tratan de restringir o negar la condición de pueblos a los indígenas para restringir o negar nuestro derecho a la autodeterminación bajo el derecho internacional. En consecuencia, se niegan a que el derecho humano a la autodeterminación, afirmado en el artículo 1 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, se aplique con el mismo énfasis, con el mismo sentido de igualdad a los pueblos indígenas, como a los pueblos no indígenas. Esto constituye una discriminación racial, como está definido en el artículo 1 de la Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial. Creemos que este doble estándar discriminatorio con respecto al derecho humano a la autodeterminación tiene consecuencias graves para los pueblos indígenas. La autodeterminación es la forma más antigua de legitimación democrática. También constituye un prerrequisito para poder disfrutar de todos los otros derechos humanos, ya que todos los derechos humanos son indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Limitaciones injustas a nuestro derecho a la autodeterminación tendrán impactos severos en la interpretación de nuestros otros derechos humanos.

Quisiera referirme además al proceso de creación de estándares internacionales. Durante las dos décadas pasadas los pueblos indígenas y los estados en las Naciones Unidas han intentado ponerse de acuerdo sobre estándares de derechos humanos indígenas. Por años las negociaciones en las Naciones Unidas por la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y también en la Organización de

Estados Americanos, muchos estados han intentado bajar los estándares para los pueblos indígenas.

Algunos estados tratan de bajar el nivel de los derechos humanos para los pueblos indígenas. Estos intentos van en contra de la Carta de los Derechos Humanos y la Carta de la Naciones Unidas.

En Canadá, por ejemplo, en un reciente acuerdo celebrado entre los Crees y el Gobierno de Quebec en febrero del 2002, el uso de los recursos y el desarrollo de nuestros territorios están balanceados con mucho cuidado, con las consideraciones culturales de los Crees en los siguientes términos:

- *“La Nación de los Cree tiene que continuar beneficiándose de su rica herencia cultural, de su lenguaje, de sus formas tradicionales de vivir, en un contexto de creciente modernización.*
- *Si los contratos son justos pueden asegurar un futuro mejor para los pueblos indígenas. Pueden también reforzar objetivos esenciales como las relaciones armónicas y el respeto mutuo”.*

En conclusión, creo que todos estamos conscientes que, de una manera u otra, los pueblos indígenas siguen siendo los más pobres, los más marginados y vulnerables de los grupos del mundo. En ese contexto uno tiene que preguntarse si nos estamos enfrentando a tiempo a las mismas fuerzas en nuestra lucha por la garantía de nuestros derechos humanos y nuestras libertades fundamentales. Quizás entonces la globalización en algunos casos puede ser nada más que la expresión contemporánea de una moderna versión de la colonización.

## LOS DERECHOS DEL PUEBLO MAORI EN AOTEAROA/NUEVA ZELANDA<sup>1</sup>

NIN TOMAS<sup>2</sup>

<i>Unuhia te rito o te harakeke</i>	¿Si le quitas el corazón
<i>Kei hea te korimako e ko</i>	Al pehuén
<i>Ki mai ki a au</i>	Dónde pondrá su nido el pájaro?
<i>He aha te mea nui</i>	Si me preguntas
<i>Maku e ki atu</i>	qué es lo más importante,
<i>He tangata, he tangata,</i>	Te responderé
<i>he tangata ee</i>	Es la gente, es la gente, es la gente.

*Kia ora koutou katoa* (Hola a todos ustedes). Mi nombre es Nin Tomas. Soy descendiente del pueblo indígena maori de Aotearoa<sup>3</sup>/ Nueva Zelanda. Como miembro de este pueblo, los saludo a ustedes la gente de Chile, en todas sus vocaciones: *Tena koutou, tena koutou, tena koutou katoa*.

Esta presentación tiene dos partes. La primera es una revisión general de la posición maori –el pueblo indígena de Nueva Zelanda– como *tangata whenua* (literalmente, gente de la tierra) y su relación con la Corona/gobierno. La segunda parte tiene que ver con el debate político y legal sobre el derecho de propiedad maori del borde costero y los

---

1 Documento traducido por Ana M. Bravo, Carlos E. Valdivieso y Kathryn Lehman

2 Universidad de Auckland, Nueva Zelanda.

3 Para el pueblo maori, Aotearoa significa “la tierra de la larga nube blanca”.

recursos del fondo marino de Aotearoa/Nueva Zelanda. Esta parte expone cómo las cortes, la legislación y las instituciones internacionales han hecho, cada una, su propio rol tratando de resolver la disputa entre el pueblo maori y la Corona por el control de esta área. Se destaca el uso significativo de trampas en el proceso adoptado por la Corona en Aotearoa/Nueva Zelanda, lo cual la gente de Chile podría evitar.

## **1. CONTEXTO HISTÓRICO - ANTECEDENTES PARA ANALIZAR LA DISPUTA SOBRE EL BORDE COSTERO Y EL FONDO MARINO EN AOTEAROA-NUEVA ZELANDA**

En esta parte presentaré un acercamiento de los antecedentes legales e históricos alrededor de los cuales *hapu* (subgrupos) e *ivi* (grupo principal) Maori, la Corona británica, la Corte de Nueva Zelanda y la comunidad internacional han observado los derechos de propiedad del borde costero y el fondo marino del territorio de Aotearoa/Nueva Zelanda.

### **1.1 Conceptos maori e ingleses de la propiedad y la tenencia de la tierra**

Los diferentes pueblos en el mundo usan diferentes conceptos para articular su importante relación con la tierra en la que habitan y su relación con el otro. En Aotearoa/Nueva Zelanda el pueblo maori desarrolló su propio conjunto de conceptos y principios mediante los cuales articularon su relación con la tierra, el firmamento y todo aquello que se encuentra entre los dos. A lo largo de todo el Pacífico se encuentran historias de la creación en las cuales *Ranginui*, el padre del cielo, y *Papatuanuku*, la madre tierra, fueron separados por su gran cantidad de hijos. Las pasiones, celos y avaricia que motivaron las acciones de sus hijos han pasado por vía genealógica al carácter humano. Como hijos de los dioses, estas características son aún las motivaciones del actuar humano.

#### **a. La era de la expansión inglesa**

La idea inglesa de “propiedad” puede resumirse como “todo aquello que se tiene o puede ser tenido”. De la misma forma “el derecho de

propiedad” es con frecuencia descrito como “una serie de derechos exclusivos de alguien sobre alguna cosa”. Estos dos conceptos descansan en el núcleo de la relación con los recursos naturales y la propiedad intelectual que protege el sistema legal occidental.

La obediencia al “mandato de la ley” es otro precepto fundamental de cualquier sociedad occidental civilizada. Durante la era de expansión imperial británica, la idea de que las nuevas adquisiciones territoriales debían ser gobernadas por “leyes” reconocidas entre las naciones europeas, dio espacio para el surgimiento de nuevos conceptos legales. Estos conceptos establecieron las bases normativas para la adquisición de territorios habitados previamente. Independientemente, estos conceptos también sirvieron como justificación para la expropiación de territorios de las manos de sus anteriores habitantes. Entre el siglo XVII y mediados del siglo XIX la jurisprudencia estaba colmada de conceptos como “conquista”<sup>4</sup>, “descubrimiento”<sup>5</sup>, “asentamientos”<sup>6</sup> y “tratados”<sup>7</sup> cada uno de los cuales servía al propósito de legitimar la expansión territorial.

Evidentemente tras la retórica y la fachada de legalidad, está el claro deseo por el dominio político sobre los territorios habitados por otros y el derecho exclusivo para hacer nuevas leyes que rijan a todos aquellos que están dentro de estos territorios.

#### b. Conceptualización maori sobre su relación con los recursos

La realidad vivida y el régimen regulatorio empleado por los pueblos, previamente a la ocupación, presentaba grandes diferencias con respecto a los ingleses. El pueblo maori tenía su propio sistema de administración territorial y de recursos.

Estas relaciones estaban guiadas por cinco conceptos fundamentales, a saber: *Whakapapa*, *Whanaungatanga*, *Mana*, *Tapu* y *Mauri*<sup>8</sup>.

---

4 *Blankard v Galdy* (1693) 1 Cowp 204.

5 *Johnson v McIntosh* (US) (1823) 21 US (8 Wheaton) 543.

6 *Australia - terra nullius*.

7 *Worcester v Georgia* (1832) 31 US (6 Peters) 515.

8 Comentados en detalle en *Key concepts of Tikanga Maori (Maori Custom Law) and their use as regulators of human relationships to natural resources in Tai Tokerau, past and present* de Nin Tomas, tesis de doctorado, la Universidad de Auckland, 2006.



*Whakapapa* o genealogía establece el marco intelectual para todas las relaciones que según los maori están conectadas. La ley pensante sigue lógicamente el mismo camino, que parte del vacío dando paso a la potencialidad, que a su vez florece hasta convertirse en realidad y después trasciende a otras formas. A nivel humano, *Whakapapa* creaba las jerarquías naturales entre los miembros de las familias, y entre las familias al interior de los grupos.

*Whanaungatanga* elaboraba estas relaciones y prevenía que emergieran jerarquías sociales rígidas, mediante el resaltamiento de aptitudes individuales y de las obligaciones entre la gente y de ella con los recursos. Los dos conceptos se balanceaban el uno al otro, sobre la condición de un marco de procedimiento embebido de responsabilidad moral. Juntos estos dos conceptos, aplicados como principios normativos de un comportamiento ideal entre los maori, mantenían la conexión grupal a través del tiempo. Ellos se mantuvieron fuertemente unidos en tiempos de adversidad y sobrevivieron admirablemente intactos al proceso de colonización.

*Mana* y *Tapu* pueden ser descritos como componentes esenciales del sistema regulatorio maori antes del contacto con los europeos. En un sentido jurídico, estos conceptos se convirtieron en principios activos. *Mana* representaba el poder y la autoridad. En cuanto a relaciones humanas, aquellos a quienes el grupo veía como poseedores del *mana* les era concedido el prestigio y la categoría que venía con él. El liderazgo y la habilidad para manejar asuntos comunitarios, la horticultura y las tácticas de guerra, eran todos elementos que concedían el *mana*. No solamente individuos, sino también familias y grupos poseían el *mana*. Recursos naturales como los ríos, lagos y montañas también eran reconocidos por tener su propio *mana*, inherente a ellos.

*Tapu*, como un concepto, es más fácilmente asociado a “un valor” o “un estado del ser”, que todas las cosas naturalmente poseen y que les da un valor intrínseco. En cuanto a la relación con los recursos, ciertas áreas podían denominarse “*Tapu*”, prohibido o fuera de los límites, por una persona de *mana*. Estas áreas podían tener propósitos de conservación o restauración, o el *tapu* podría señalar a quién tenía títulos más fuertes por encima de otros miembros del grupo al territorio o a un recurso. La extensión de *tapu* personal hacia objetos por parte de una persona de *mana*, podría hacer de ellos “propiedad” en el sentido inglés. El

establecimiento de un *tapu* iba de la mano con las sanciones propias hacia aquellos que rompieran los términos del *tapu*. Esas sanciones eran de naturaleza espiritual y temporal.

El concepto que daba coherencia a todo lo anterior es *mauri*. *Mauri* proporcionaba la razón de trabajar juntos a todos los otros conceptos. De manera breve *mauri* puede ser descrito como el principio de vida o la vida misma. “Vida” es un termino interesante. ¿Qué es la vida? La vida como *Mauri* es el principio anímico que los maori reconocen como la base de toda la existencia y el ser. Es parte de todas las cosas vivas. *Tapu* lo protege. *Mana* le permite ser protegido. El proceso *whakapapa* le proporciona el vehículo mediante el cual puede ser creado y recreado de diferentes formas, material y espiritualmente, para dar identidad a diferentes cosas. *Mauri* nos trae de nuevo a la esencia de nuestro ser como humanos. Este nos posiciona como una parte activa e interrelacionada con el mundo entero.

Dentro de la concepción de realidad anteriormente enunciada, el pueblo maori desarrolló una serie de principios para guiar sus relaciones con otros en un medio ambiente más amplio. Como una sociedad cuya tecnología fue suficiente para suplir sus necesidades, la dependencia en la naturaleza significó un acompasamiento con el ritmo natural de la tierra y los cambios cíclicos que tenían lugar. Los maori fueron cuidadosos observadores de los cambios estacionales y construyeron reglas de comportamiento para maximizar los beneficios de acceso a recursos naturales. Territorialmente, los grupos maori declararon sus derechos exclusivos de tierra y agua y persiguieron, atraparon y castigaron a los intrusos que no respetaban estas declaraciones.

El sistema de tierra y derechos territoriales conocido por los maori era diferente al conocido bajo la ley inglesa. En toda su extensión acorde con la naturaleza, el sistema de derechos estaba basado en torno a los cinco conceptos descritos anteriormente.

*Whakapapa* y *mana* funcionaban juntos para dar lugar a la toma de decisiones administrativas en las manos de *rangatira* (líderes de grupo). *Whanaungatanga* determinaba la ciudadanía de un grupo que ocupaba un área determinada. *Tapu* proporcionó la base para las reglas de exclusión y definición de derechos de propiedad sobre los recursos. *Take tupuna* (herencia por línea ancestral), *Ahi Kaa* (el

mantener conexión a la tierra) y *Tuku whenua* (garantiza derechos a otros) daban a conocer las prácticas que eran parte del sistema maori de administración de recursos.

Estos principios, y las prácticas que de ellos surgieron, fueron ampliamente reconocidos y asumidos al interior de la sociedad maori. Variaciones regionales en la aplicación de estos principios ocurrieron como resultado de la presencia de recursos particulares en diferentes áreas. Indagar acerca de la existencia de títulos tradicionales de tierra maori, después de la colonización ha sido opacado con frecuencia por la superposición de conceptos legales ingleses en los tribunales. Después de 1865, el sistema maori de tenencia de tierra fue modificado por uno en el cual se les repartió “parcelas” a los individuos, convirtiéndose así en tierras de múltiples dueños individuales. Una corte especializada fue establecida para administrar la tierra maori. Estas parcelas podían ser vendidas. Y con frecuencia así ocurrió.

Mi propósito al enunciar lo anterior no es proporcionar un detallado análisis de la tenencia de la tierra maori antes de la colonización. Más bien es señalar que el pensamiento que originalmente motivó las relaciones de los grupos maori con los recursos de los territorios que habitaban, se encuentra aún presente en Aotearoa/Nueva Zelanda.

## **1.2 La Declaración de Independencia y el Tratado de Waitangi**

En 1835, la expansión de occidente en el Pacífico fue competitiva. Aotearoa fue una de las joyas apetecidas por los imperialistas. Con el fin de mantener fuera de competencia a Francia y Estados Unidos; Gran Bretaña motivó a las autoridades maori del norte de la región de Aotearoa a firmar una declaración señalando su independencia. Esta declaración fue reconocida por el gobierno británico, como formalización de una relación bajo la cual Gran Bretaña podía proteger la independencia de los grupos maori confederados de Nueva Zelanda.

### 1.3 Declaración de Independencia

Hacia 1839, Gran Bretaña había decidido anexionar Aotearoa. Las razones para esta decisión van desde la necesidad de proporcionar una salida al exceso de población en la Inglaterra industrializada, hasta la necesidad de encontrar una locación militar estratégica en el Pacífico Sur. Esta decisión se justificaba en la necesidad de poner dentro de la ley inglesa a los marinos y balleneros británicos que se estaban comportando fuera de la ley en Aotearoa y por esa misma vía, poner a la población maori dentro del ámbito de la sociedad occidental civilizada. Pero esta justificación oculta otros motivos. Aunque el deseo pudo ser genuino por parte de algunos británicos, esto era una consideración de segundo plano. La principal motivación era servir a las necesidades británicas<sup>9</sup>.

### 1.4 El Tratado de Waitangi

El Tratado de Waitangi es un documento corto. Escrito en inglés y luego traducido al maori, fue firmado por más de 500 autoridades maori de toda Aotearoa. Aun cuando un número mayor de autoridades no lo firmaron. En representación de la Corona británica, este fue firmado por Lt Gobernador Hobson.

Bajo la versión inglesa, los maori concedían soberanía a la Corona británica (Artículo 1) mientras mantenían los derechos de propiedad sobre sus *“Tierras y zonas forestales pesqueras y otras propiedades las cuales ellos pueden poseer colectiva o individualmente en tanto sea su deseo mantenerlas en su posesión”*. (Artículo 2) Los maori también obtuvieron la “protección real” y el derecho a la ciudadanía británica. (Artículo 3)

De acuerdo al texto maori el mensaje es diferente. La Corona británica obtiene el derecho a gobernar (hacer las leyes) en Nueva Zelanda, (Artículo 1) mientras los maori preservan “el ejercicio completo de su máxima autoridad sobre sus tierras, pueblos y todos sus tesoros”. (Artículo 2) Efectivamente, de acuerdo a la versión maori, “la soberanía” es preservada en manos maori y no solamente los “derechos

---

<sup>9</sup> Ver instrucciones de la Secretaría de Estado para la guerra y las colonias del Capitán Hobson del 14 de agosto de 1839.

de propiedad”. Desde entonces el conflicto entre las dos versiones ha sido origen de muchos litigios y discusiones jurídicas en los ambientes políticos y legislativos de Aotearoa/Nueva Zelanda. Esto mantiene inconclusos asuntos de leyes y políticas en Aotearoa/Nueva Zelanda.

### 1.5 Caso-ley acerca del Tratado de Waitangi

Los primeros casos que se ocuparon del Tratado de Waitangi en cortes neocelandesas, no discutieron para nada el texto maori. Ellos procedieron sobre la base de que el documento en inglés cedía la soberanía y que los maori eran ahora un pueblo sujeto a las leyes de la Corona británica.

Un factor complejo para las cortes era que los maori poseían títulos colectivos como miembros de un *hapu* e *iwi*. Ese título territorial colectivo era análogo al título territorial reclamado por la Corona, en virtud de su soberanía bajo la ley inglesa. Más allá, la naturaleza dual de la Corona como “poder soberano” y “propietario absoluto de toda la tierra”, y el ciudadano como un individuo que recibía una concesión de tierra de la Corona, no se ajustaba a la manera como los maori poseían su territorio y los recursos. La conceptualización legal no encajaba.

¿Cómo manejaron las cortes esto? En *McIntosh vs Symonds*<sup>10</sup>, Chapman J. siguió los casos precedentes de los Estados Unidos y reforzó su adopción con los “principios más altos” extraídos de la cristiandad. El Juez reconoció como “un inconveniente para la Corona” la posesión maori de derechos de propiedad preexistentes. Él consideró que estos eran derechos de propiedad menores a aquellos adquiridos por compradores no maori por vía de la simple compra, de acuerdo a la ley inglesa.

En *Wi Parata vs. Obispo de Wellington*<sup>11</sup>, el juez no fue tan benevolente. Prendergast J. sostuvo que el Tratado de Waitangi fue una “simple nulidad” porque el pueblo maori era un pueblo bárbaro incapaz de actuar en conjunto como un pueblo soberano, y por tal razón incapaz de ceder la soberanía. Más aún, los maori no tenían derechos de propiedad

10 *R v Symonds* (1847) NZPCC 387.

11 *Wi Parata v Bishop of Wellington* (1877) 3 NZ Jur (NS) SC 72.

preexistentes a los cuales se les pudiera conceder reconocimiento legal. Para empeorar las cosas, una referencia a las cortes que tenían jurisdicción para oír casos concernientes a “*las personas y [tierras] mantenidas bajo la costumbre y el uso maori*”, presentada en la ley 1965 de los Derechos Nativos, fue rechazada con el argumento de que “*una frase en un Decreto no puede hacer referencia sobre algo que no existe*”. La situación tuvo que ser resuelta por el Consejo Real, la corte final de apelaciones para Aotearoa/Nueva Zelanda, en el caso de *Nireaha Tamaki vs Baker*<sup>12</sup> en 1902. En este caso el Consejo Real estableció que los títulos territoriales maori debían ser respetados y la extensión de dominio solo podía tener lugar mediante decreto.

Significativamente, ninguno de los casos anteriores trató de identificar los incidentes de títulos maori sobre sus tierras y territorios. Sospecho que esto fue debido mayormente a la dificultad de reconciliar dos sistemas de leyes completamente diferentes. La dificultad adicional para convencer a los maori que de alguna forma ellos habían renunciado a su señorío máximo sobre la tierra que todavía ocupaban y que ahora era propiedad de alguien más (la Corona británica), tampoco fue, sospecho, una opción atractiva.

En 1941, en el caso de *Te Heuheu Tukino vs. Aotea District Maori Land Board*<sup>13</sup>, el Consejo Real sostuvo que el Tratado de Waitangi debía estar incluido legalmente antes de que las cortes le dieran los términos de reconocimiento. Esta es aún la ley en Aotearoa/Nueva Zelanda. La situación fue ligeramente mejorada en 1986, en *Huakina Development Trus vs. Waikato Valley Authority*. En un caso que trataba de derechos al agua, el Juez Chilwell, en la Corte Suprema de Nueva Zelanda, estableció que el Tratado de Waitangi era parte del tejido de la sociedad neocelandesa. Como tal, puede ser utilizado como una ayuda para la interpretación de la normatividad cuando sea necesario.

Quedan muchos asuntos sin resolver en las discusiones judiciales acerca del Tratado de Waitangi. ¿Qué texto debe prevalecer, aquel en maori o en inglés? Las cortes neocelandesas han empezado desde la premisa que la soberanía fue cedida y que es incontrovertible que el nuevo soberano tiene el derecho a aprobar la legislación la cual

---

12 *Nireaha Tamaki v Baker* (1901) NZPCC 371 (PC).

13 [1941] 2 All ER 93 (Privy Council).

extingue derechos maori. Como consecuencia, el Tratado, o las partes de este que fueron importantes para el pueblo maori, han sido puestas de cabeza. La falencia constante en el reconocimiento del Tratado de Waitangi como un Tratado internacional ha significado que las garantías de protección para la integridad territorial y los derechos de propiedad, en los cuales el pueblo maori confiaba, se hayan mantenido inaplicables pues no han sido reconocidos dentro de las leyes<sup>14</sup>.

### **1.6 Reconocimiento del Tratado de Waitangi vía los “Principios del Tratado de Waitangi”**

Hasta hace poco, Nueva Zelanda gozó de una reputación internacional por buenas relaciones raciales. Esta fachada comenzó a venirse abajo desde comienzos de los años setenta, cuando la tensión sobre las objeciones maori ante la Corona por no mantener sus garantías bajo el Tratado de Waitangi, se manifestó en una marcha por la tierra desde el norte de la isla del Norte hasta la Casa del Gobierno Nacional en Wellington, en la otra punta de la isla.

### **1.7 Establecimiento del Tribunal de Waitangi**

En 1975 el gobierno aprobó el Decreto del Tratado de Waitangi. Bajo tal decreto, se establecía el Tribunal de Waitangi. El Tribunal es un cuerpo interrogativo bicultural cuyo trabajo es oír las quejas de maori que sienten que ellos son, o han sido, perjudicados por regulaciones, decretos y políticas de la Corona (Sección 6). Si un reclamo es hecho, el tribunal puede hacer recomendaciones a la Corona, y dichas recomendaciones pueden ser posibles compensaciones. En algunas circunstancias, con respecto a tierras en manos del Estado, las recomendaciones para regresar las propiedades son de absoluto cumplimiento. El tribunal puede también examinar legislaciones propuestas para ver si estas son inconsistentes con los principios del Tratado de Waitangi (sección 8). Antes de hacer cualquier consideración, el Tribunal debe primero examinar los dos textos del Tratado de Waitangi, en aras de extraer sus

---

<sup>14</sup> Nueva Zelanda no tiene una Constitución para limitar o cuestionar las acciones y decisiones tomadas en el Parlamento. Ya no hay una segunda instancia donde se pueda revisar la aprobación de una ley.

principios. Estos principios son luego usados como guías para la toma de decisiones ante quejas presentadas. El tribunal ha usado un enfoque bicultural con el fin de promover el desarrollo de una jurisprudencia neocelandesa basada en el Tratado de Waitangi. En el proceso, este ha aceptado el Tratado de Waitangi como un tratado de cesión. De cualquier forma no es la cesión completa que va con la idea de soberanía absoluta como es definida por los filósofos legales ingleses. La cesión está condicionada al reconocimiento, dado por la Corona, de las garantías en beneficio del pueblo maori incluidas en el Tratado.

En una serie de audiencias de agravios con respecto a la actividad de la Corona sobre las tierras, puertos y ríos de los territorios de *hapu* e *iwi*, el Tribunal ha deducido las siguientes directrices principales:

- a. **Asociación.** En 1840 la Corona y el pueblo maori entraron en un marco de asociación entre las dos razas, británica y maori, y sentaron los términos para una relación continua. En esa relación, cada parte está condicionada por las garantías hechas a la otra parte. La Corona debe usar procesos justos y una conducta honorable en sus asuntos con el pueblo maori.
- b. **Protección Activa de Taonga.** La corona debe ser “activa” y no simplemente pasiva en su reconocimiento de los intereses maori. La inclusión de “Taonga” entre las cosas reservadas por el pueblo maori, incluye más que los meros objetos de valor tangible. Incluye el *mauri* de ríos y puertos también. (Informe Manukau)
- c. **Derechos de Desarrollo.** El pueblo maori tiene que tener en capacidad de desarrollar sus recursos y no tiene que restringirse a las prácticas y usos disponibles en 1840.

## 1.8 Corte de Apelación ante el incumplimiento de los Principios del Tratado de Waitangi

La Corte de Apelación neocelandesa ha monitoreado las relaciones entre la Corona y los *hapu* e *iwi* maori. Ha sometido a la Corona a un rendimiento de cuentas por los actos que van en desacuerdo con los principios del Tratado. La corte también ha modificado la aplicación de los principios del Tratado de Waitangi a la luz de las obligaciones que son competencias de la Corona. Para desempeñar este papel, la Corte



siempre ha entendido muy claramente que su capacidad de funcionar depende de las leyes que exigen cumplir con los principios del Tratado de Waitangi.

El principal caso concerniente a la relación entre la Corona y el pueblo maori, es el del *Consejo Maori de Nueva Zelanda Vs. AG* (el Caso de la Tierra)<sup>15</sup>. Este caso consistía en el paso de activos de la Corona, incluyendo tierra, a las empresas estatales recientemente creadas, tales como Compañía de Tierras y Compañía Forestal en 1986. La sección 9 de esta Ley señaló:

*“Nada en esta ley permitirá a la Corona proceder de manera inconsistente con los principios del Tratado de Waitangi”.*

Los demandantes maori, antes del Tribunal de Waitangi, estaban preocupados por la posibilidad de que el regreso de sus tierras como parte de la compensación, pudiera ser puesta en riesgo si estas pasaban a manos de las empresas estatales. El temor apareció dado que las empresas estatales eran una entidad legal diferente, y ninguna reclamación podía ser hecha una vez que las tierras salieran de las manos de la Corona. Este caso presenta una prolongada discusión. El presidente de la Corte, Justice Cooke, reafirmó que el concepto clave que definía la relación entre el pueblo maori y la Corona era el de “Asociación”.

Esta relación creó “*responsabilidades análogas a deberes fiduciarios*”. La Corona también tenía la obligación de proteger activamente al pueblo maori en el uso de sus tierras y recursos hídricos, en los más amplios términos prácticos. Mientras la Corona tenía la obligación de actuar razonablemente y de buena fe, tal obligación no era unilateral. El pueblo maori tenía que aceptar plenamente el gobierno de la Reina y ser razonablemente cooperativo con él. En este régimen, el trabajo de la Corte era evaluar los pasos de la Corona, como un compañero que actúa con la más profunda buena fe, para reforzar la legislación vigente y no contravenir a los Principios del Tratado de Waitangi.

La Corte emitió una declaración en la cual establecía que la transferencia de activos a las empresas estatales podía ser ilegal si primero no se

---

15 [1987] 1 NZLR 641.

establecía un sistema de consideraciones que evaluara si la transferencia no se correspondía con los principios del Tratado. Así las cosas, la Corona debía elaborar dicho sistema, presentarlo al Consejo Maori para que este lo comentara y finalmente presentarlo a la corte en un lapso de 21 días.

En respuesta, la legislatura aprobó la Sentencia del Tratado de Waitangi de 1988 (empresas del Estado). La Sentencia permitía el traspaso de activos a las empresas estatales y la puesta en venta de dichos activos por las mismas empresas. Sin embargo, todos los títulos de tierras debían presentar una cláusula en la cual se advertía que, de presentarse una reclamación, la tierra podía volver a manos maori y la Corona pagaría una compensación en caso que el tribunal de Waitangi recomendara su retorno satisfactorio a los demandantes. Bajo tal Sentencia, las empresas del Estado podían solicitar la remoción de tal cláusula, en tal caso el tribunal debía buscar e investigar reclamos previos. La ley también daba poder al Tribunal para tomar decisiones obligatorias sobre el retorno de tierras de las empresas estatales, las cuales habían sido identificadas con esta cláusula, a futuros demandantes en caso de que su reclamación se considerara satisfactoria.

La función de supervisión no fue tomada a la ligera por la Corte. En 1988, el gobierno anunció la venta a inversionistas privados de dos empresas estatales; la compañía forestal, Forestcorp, y la compañía carbonífera, Coalcorp. En cuanto a los activos de la empresa forestal, con la intención de evadir la cláusula de la empresa estatal, se le sugirió a la Corona no vender la tierra, sino únicamente los derechos de explotación maderera.

Los maori, quienes fueron consultados seis meses después de que fuera anunciada la venta, argumentaron que las acciones de la Corona representaban un incumplimiento de los principios del Tratado de Waitangi. Ante lo cual la Corte de Apelaciones estuvo de acuerdo<sup>16</sup>. La Corte sostuvo que la venta afectaba los derechos maori establecidos en el Tratado, y que el Gobierno debió consultar con las autoridades maori antes de embarcarse en esta venta. Con respecto a los casos anteriores de tierras, tal circunstancia era nueva para la Corte de Apelación. Era

---

16 *NZ Maori Council v AG* [1989] 2 NZLR 142 (caso Forestcorp).

inesperado que el gobierno separara los árboles de la tierra y pretendiera vender estos por separado.

Igualmente en el caso de la compañía carbonífera<sup>17</sup> se hizo otro intento de evadir las obligaciones del Tratado con el pueblo maori. Durante 1860 un gran número de tierras pertenecientes al *Iwi Tainui* fueron confiscadas como resultado de guerras injustas por la tierra. En 1987 a los *Tainui* se les había prometido negociaciones para el regreso de la tierra si estos no se oponían al traspaso de la tierra a la compañía carbonífera. El título en cuestión poseía la cláusula anteriormente enunciada. En 1989, los *Tainui* estaban aún esperando la negociación. Fue así como iniciaron una acción en contra de la Corona. La Corona reclamaba que la Sentencia de las empresas estatales tenía que ver solamente con la tierra y no con los minerales. De esta forma, la venta de licencias de explotación minera, y no la venta de carbón en sí mismo, no representaba ninguna falta a la Ley. Por su parte los *Tainui* reclamaban que las licencias tenían un interés en la tierra que estaba cubierta bajo la sentencia. Los *Tainui* ganaron. La Corte ordenó que los memoriales fueran puestos en los certificados de títulos de tierra. Esto quería decir que, si el Tribunal de Waitangi después recomendaba el regreso de la tierra al *Tainui*, la Corona estaba obligada a cumplir tal decisión.

Los ejemplos anteriores muestran el tipo de negligencias en cuanto a las relaciones Maori/Corona que se presentaron ante la Corte de Apelación. Algunos comentaristas ven las decisiones anteriores como injustificablemente limitantes de los términos específicos del Tratado de Waitangi. Otros, sin embargo, los ven como un paso positivo en el desarrollo de una jurisprudencia y un sistema legal bicultural para Aotearoa/Nueva Zelanda.

### **1.9 Tratado de Waitangi y la Corte de la Tierra Nativa de 1865 en adelante**

En 1862 fue aprobada la Sentencia de la Tierra Nativa. El objetivo de la sentencia era cambiar el título colectivo de territorios que hasta ahora habían sido mantenidos por *tikanga maori* (ley consuetudinaria maori)

<sup>17</sup> *RT Mahuta and Tainui Maori Trust Board v AG* [1989] 2 NZLR 513 (caso Coalcorp).

hacia un sistema de dueños múltiples de la tierra, administrado por una corte especializada. Así se permitía a los individuos dividir y vender su parte de la tierra a colonos no maori.

El trabajo de la Corte de la Tierra Nativa era indagar sobre los títulos existentes sobre grandes porciones de tierra y designar partes a los individuos que eran dueños. Pero esto estaba lejos de ser un proceso limpio. Los dueños podrían repartir y vender su parte. A través de estas operaciones, la Corte de Tierra Nativa lograba la meta de liberar las tierras maori y ponerlas en venta para aquellos colonos británicos.

La Corte de Tierra Maori todavía existe en Nueva Zelanda, pero su rol ha cambiado. Ahora se requiere que los jueces tengan conocimiento de *Te reo maori* (lengua maori) y *tikanga maori* (ley maori). Recientemente su jurisdicción ha sido extendida mas allá de la administración de las tierras de dueños múltiples, para incluir las audiencias concernientes al nuevo régimen de acuicultura<sup>18</sup> introducido por la Corona y además en torno a la distribución de los activos de pesca que fueron dados en la sentencia 1992<sup>19</sup> del Tratado de Waitangi (reclamaciones pesqueras).

La existencia de la Corte de Tierra Nativa en Aotearoa/Nueva Zelanda ha proporcionado un vehículo a la ley consuetudinaria maori para continuar su existencia de una forma atenuada. Los primeros jueces de la corte arbitraron sobre el borde costero, los ríos y los lagos en favor de los maori. Con frecuencia encontraron reclamos favorables con respecto a esas áreas que eran de uso tradicional maori<sup>20</sup>. De cualquier forma las apelaciones que venían de esta corte a las cortes generales de Nueva Zelanda nunca fueron exitosas. Cuando una decisión era apelada sobre “un punto de ley” ante las cortes generales, cuyos jueces estaban únicamente a tono con la toma de decisiones según los principios del Derecho Común Inglés, las cortes generales de manera infalible procedían a la extinción de dominio de los títulos tradicionales maori. Esto podía darse en virtud de las inconsistencias en

---

18 Maori Commercial Aquaculture Claims Settlement Act 2004.

19 Maori Fisheries Act 2004.

20 Waikaremoana, Horowhenua, *Application by Ripi Wi Hongi and other Natives for Investigation of Title to Lake Omapere*, Judge Acheson, Native Land Court, 1 August 1929; *Wharo One Roa A Tohe (90 Mile Beach) Investigation of Title*, Chief Judge Morison, 15 November 1957, NMB 157, 126-128.

la legislación, de la venta de las áreas adyacentes o inconsistencias con los preceptos del Derecho Común que cubrían las áreas con recursos hídricos en propiedad de la Corona y sus poderes prerrogativos, o bien por adyacencia a propietarios de tierra bajo la norma *ad medium filae aquae*.

Este estado de las cosas continuó hasta el 2003, cuando la Corte de Apelación, en el caso *Ngati Apa v AG*<sup>21</sup> no dio lugar a una larga línea de casos, empezando con *Wi Parata* en 1877, y sostuvo que la corte sobre la tierra maori tenía jurisdicción para indagar y determinar los títulos tradicionales maori sobre el borde costero y el fondo marino. Este caso será discutido en la segunda parte de este documento.

### 1.10 Tratado de Waitangi y Título Aborígen

Los casos anteriormente citados en Estados Unidos de *Johnston v McIntosh* (1823) y *Worcester v Georgia* (1832), y el caso neocelandés de *McIntosh v Symonds* (1842) que les siguió y adoptó parte de su razonamiento fueron parte del desarrollo del pensamiento del Derecho Común Inglés. Estos no contaron para nada con el Tratado de Waitangi. De hecho, en *Symonds*, Martin J. es claro que a las cortes no les compete la interpretación del Tratado. Su tarea principal es apoyar el establecimiento de un modo ordenado de adquirir y disponer de la tierra entre los colonos en cuanto los maori la hubiesen cedido. Ellos llevaron a cabo esta tarea usando principios ingleses establecidos y preceptos de la ley. Así las cosas, el título general sobre el territorio pertenecía a la Corona y todos los sujetos por su parte tenían un título que era concedido por la Corona. En cuanto los maori, libre y justamente, hubiesen dividido la tierra, esta pertenecía a la Corona. Quien hubiese comprado la tierra estaba considerado un agente de la Corona.

Gran parte de las leyes que desarrollaron el pensamiento del Derecho Común Inglés acerca de derechos indígenas tuvieron lugar fuera de Nueva Zelanda. Casos canadienses tales como *Calder v AG*<sup>22</sup> han tenido un carácter instrumental en este proceso de dar espacio judicial a los derechos indígenas. “Títulos aborígenes” es una expresión acuñada

21 [2003] 3 NZLR 643.

22 (1973) 34 DLR (39): SCC.

para referirse a un territorio que se encuentra en manos de un grupo de manera colectiva. La naturaleza de los derechos poseídos se describe como de naturaleza usufructuaria; transferible intergeneracionalmente e inalienable, con excepción de la Corona. La extinción de dominio solo puede ocurrir por vía de la capitulación en favor de la Corona o por una legislación específica. Le incumbe a la Corona probar la extinción de dominio y esa intención debe ser “amplia y clara”. En *Calder* la Corte también advirtió sobre la interpretación conceptual que se hacía de los títulos aborígenes en términos del Derecho Común Inglés.

En *Calder* se hace referencia a otros dos casos de importancia. El primero es *Amodu Tijani*<sup>23</sup>, el cual sirve como precedente para los títulos aborígenes, algunas veces siendo tan completo que reduce la soberanía a la mera interferencia administrativa. Este es el nivel que los maori podrían reclamar en Aotearoa/Nueva Zelanda, con respecto a los recursos que nunca han sido cedidos a la Corona, tales como el borde costero, el fondo marino, los lagos y los ríos. El segundo caso es *Oyekan vs Adele*<sup>24</sup>, el cual sirve como precedente para el pago de compensaciones por tierras que la Corona se ve obligada a tomar de parte de los nativos para “propósitos públicos”.

El más reciente caso canadiense de *Guerin vs Queen*<sup>25</sup> también asistió al desarrollo de los títulos aborígenes en el Derecho Común Inglés. En este caso la Corte sostenía que los derechos nativos son derechos preexistentes que no dependen del reconocimiento de la Corona. Dichos derechos son *sui generis* (únicos). Más aún, las relaciones entre la Corona y los indígenas en Canadá son de naturaleza “fiduciaria”. Esta relación fiduciaria crea una obligación ejecutoria equitativa por parte de la Corona. Si tal relación es quebrantada, se pueden reclamar daños en contra de la Corona.

Gran parte de la jurisprudencia canadiense ha sido depurada y adoptada en las consideraciones judiciales neocelandesas con respecto a los derechos de los *hapu* e *iwi* maori vis-a-vis la Corona. Así en Nueva Zelanda al considerar reclamaciones de *hapu* e *iwi* con respecto al territorio y los recursos, las cortes tienen dos posibles rutas a seguir.

---

23 [1921] 2AC 399.

24 [1957] 2 All ER 785

25 (1985) 13 DLR 4th, 321 SCC.

Ellos pueden evaluar las relaciones de acuerdo a los principios del tratado de Waitangi o de acuerdo a los patrones establecidos en otras jurisdicciones del derecho común inglés tales como Canadá y otros.

## 2. NGATI APA. PROPIEDAD DEL BORDE COSTERO Y EL FONDO MARINO EN AOTEAROA /NUEVA ZELANDA

Los *hapu* e *iwi* maori siempre han reclamado títulos territoriales sobre su borde costero incluidos el mar y la playa. Bajo Tikanga Maori (ley maori) estas áreas con frecuencia fueron más valoradas que los recursos en tierra dado su valor económico como constante y abundante fuente de alimentación.

### 2.1 Derechos de Pesca Maori

Los derechos de pesca maori han estado cubiertos por decreto desde 1877. La sección 88(2) de la Sentencia de pesca de 1983, una versión actualizada de la versión original aprobada en 1877, según en el inciso, “*nada en esta sentencia debe afectar ningún derecho de pesca maori*”. Hasta 1986, este inciso no permitió a los maori ningún mayor derecho de pesca por encima de cualquier otro neocelandés. No fue sino hasta 1986 en el caso de *Te Weehi v Min. Agricultura y Pesca*<sup>26</sup>, cuando la Suprema Corte neocelandesa, apoyada en argumentos de Estados Unidos y Canadá en los cuales se reconocía derechos preexistentes, hizo serias consideraciones en torno a qué tipo de incidentes debían estar sujetos a un “Derecho de Pesca Maori”. A la conclusión que llegó la Corte fue que el derecho de pesca maori era un derecho cuyo ejercicio estaba controlado por el *iwi* en donde tenía lugar la pesca; que estaba limitado a la recolección tradicional en la forma y; que debía ser para uso personal y no para la venta. Para las deliberaciones judiciales fue importante que el derecho consuetudinario no estuviera basado en una reclamación de propiedad o de derechos exclusivos sobre el borde costero; que este no había sido extinto por decreto y que estaba limitado a los miembros del *iwi*.

26 [1986] 1 NZLR 682.

La limitación del derecho a las actividades no comerciales se extendió en casos posteriores para incluir la explotación comercial de los recursos. Los asuntos de pesca fueron cubiertos por la legislación en la cual se asignaba una cantidad específica en la cuota de pesca a los hapu e iwi maori y el pago de una suma global a la Comisión Pesquera para la adjudicación a los hapu e iwi. La legislación también extinguió las reclamaciones a la sombra del Tratado de Waitangi, la ley común, la ley consuetudinaria maori y los títulos aborígenes. Ha tomado diez años de litigio posicionar el tema de adjudicación.

## 2.2 Propiedad del borde costero y el fondo marino

La Corte de Tierras Nativas ha tenido jurisdicción exclusiva para indagar, determinar y emitir títulos sobre áreas de tierra “en manos maori de acuerdo a sus costumbres y usos” desde 1862. El primer caso en el cual están envueltas reclamaciones sobre la propiedad del borde costero es *Kauwaeranga*<sup>27</sup>, cuya audiencia se llevo a cabo en la Corte de Tierras Nativas en 1870. El área en discusión fue un área fangosa apetecida por su potencial alimenticio en la costa este de Nueva Zelanda. Después de haber escuchado evidencia del uso constante por parte de los maori locales, la Corte emitió certificados de títulos para<sup>28</sup>:

*“.....el derecho exclusivo de pesca sobre este y el uso para propósitos pesqueros, bien sea con redes estáticas o la superficie del suelo de toda esta porción de borde costero o parcela de tierra entre la marca de agua de alta marea y la marca de baja marea”.*

De acuerdo a Sinclair, “*el efecto de estas órdenes era la división del borde costero en parcelas correspondientes a las secciones en tierra seca, el derecho exclusivo de pesca en manos de los dueños de estas secciones*”.

El siguiente reclamo de propiedad del borde costero se presentó en la Corte de Tierras Maori en 1956. Este era concerniente a una larga

---

27 The judgment is reported in A Frame, “Kauwaenga Judgment” (1984) 14 VUWLR 227

28 See F Sinclair, “Kauwaeranga in Context”, *Indigenous Peoples and the Law*, 18 October 1999, <http://www.kennett.co.nz/law/indigenous/1999/34.html>



franja de playa costera en la costa oeste de Nueva Zelanda llamada Wharo One Roa A Tohe (la playa de las 90 millas). Habiendo oído evidencia detallada del continuo uso por los maori locales, el Juez jefe determinó que les fuera concedido a los maori “propiedad total” según la ley común. El caso fue apelado por la Corona y en los dos casos la Suprema Corte y la Corte de Apelación se sostuvo que la propiedad maori había sido extinguida a través de la aplicación de los principios del derecho común inglés.

### 2.3 El caso Ngati Apa

El tercer reclamo de propiedad sobre el borde costero y el fondo marino es el presentado por varios hapu e iwi maori en aras de obtener el título sobre un área en la punta norte de la isla del Sur. La jurisdicción de la Corte de Tierras Maori ha cambiado desde su concepción en 1862. Y se encuentra actualmente gobernada por la sentencia *Te Ture Whenua Maori* de 1993.

Sección 131 de la Sentencia establece: “*La Corte de Tierras Maori debe tener jurisdicción para determinar y declarar el estatus particular de cualquier parcela de tierra*”.

Se encuentran seis diferentes estatus amparados por la sentencia. Uno de estos es “tierra tradicional maori”.

La Sección 132 permite a la Corte de Tierras Maori cambiar el estatus de la tierra tradicional maori hacia tierra de dominio pleno maori por orden de jubilación.

La sección 132 de la Sentencia establece:

1. “*La Corte de Tierra Maori debe continuar teniendo jurisdicción exclusiva para investigar los títulos sobre tierra tradicional maori, y para determinar los intereses relativos de los dueños sobre la tierra.*”
2. *Cada título sobre un interés de tierra tradicional maori debe ser determinado de acuerdo a Tikanga Maori.*”

Las Subsecciones 3 y 4 le dan poder la Corte de Tierras Maori para definir el área de tierra y aquellos que tienen títulos de propiedad sobre esta.

Dos casos recientes en la Corte Maori de Tierras han dado reconocimiento de título consuetudinario a los Maori. En el más reciente, el caso *Aotea*<sup>29</sup>, las islas periféricas y los farallones de una isla, Great Barrier Island, al norte de Auckland, fueron declaradas tierra tradicional Maori. El título de propiedad fue concedido de acuerdo con *Tikanga Maori*, en Ngati Rehua, para mantener tal como Kaitiaki para ellos mismos, de acuerdo con el Tikanga de Whanaungatanga, para Ngati Wai ki Aotea y Marutuahu ki Aotea.

a. Hechos relevantes de *Ngati Apa*

El gobierno neocelandés estaba concediendo licencias a compañías para situar granjas pesqueras mar adentro. Los postulantes más exitosos eran compañías extranjeras. La Corona cobraba rentas a dichas compañías. Las postulaciones hechas por los maori de la parte norte de la Isla del Sur fueron declinadas. Ngati Apa y varios grupos más solicitaron a la Corte Maori de Tierras fuera investigada la “propiedad tradicional” del borde costero y el fondo marino. Estos grupos reclamaban que sus intereses en estas áreas estaban protegidos por el Tratado de Waitangi y el Derecho común neocelandés. Posteriormente demandaron que su propiedad tradicional de estas áreas no había sido ni libremente ni por legislación enajenada a la Corona.

b. La discusión

El primer elemento de discusión sería si la Corte Maori de Tierras tenía, o no, jurisdicción para indagar sobre la titulación del fondo marino y el borde costero.

La respuesta dada por la Corte de Apelación, tras una cuidadosa revisión del derecho común, fue que la Corte Maori de Tierras tenía jurisdicción para establecer una audiencia sobre la reclamación.

---

29 *Application by John Di Silva (Aotea Decision) 23/2/98*, Maori Land Court, Taitokerau District.

La discusión de la ley por parte de la Corte de Apelación no tuvo en cuenta el Tratado de Waitangi. Esta solo siguió el desarrollo que había hecho el derecho común. Al revisar el caso ley, la Corte reexaminó precedentes antiguos en los casos: *Johnston vs McIntosh*, *Symonds*, *Nireaha Tamaki vs Baker*, *Amodu Tijani*, y encontró que todos estos apoyaron el reconocimiento de los derechos (Maori) de primera nación. En otros casos en donde la ley neocelandesa se sustentó en la negación de los derechos de propiedad maori (*Wi Parata* y La playa de *las Noventa Millas*) y en que la Corte Maori de Tierras no tenía jurisdicción para indagar sobre los títulos de propiedad, la petición fue declinada (no ha lugar). La Corte sostuvo que estos casos estaban basados en una interpretación errónea de la ley. Después de una revisión de la estructura reglamentaria, la Corte encontró que no había expresa extinción de dominio sobre el título tradicional maori sobre el borde costero y el fondo marino mediante la aplicación del decreto Mar Territorial, Zona Contigua y Zona Económica Exclusiva, que establecía que el fondo marino territorial había sido concedido a la Corona, o la Sentencia 1991 de Restablecimiento de la Cesión del Fondo marino, que permitía la emisión del título de propiedad para la Corona.

De tal manera, se mantiene la coexistencia de títulos a manos del pueblo maori y la Corona, expuestos en los casos mencionados anteriormente. La inquietud en cuanto al tipo de título que sostienen los maori está expresada en el caso *Ngati Apa*. El Juez Gault cuestiona la naturaleza y la medida de los títulos que el pueblo maori puede tener sobre estas áreas, en términos del derecho común. Si esto significa el dominio absoluto, luego ¿esto implica también el derecho a excluir a otros?<sup>30</sup>.

#### 2.4 La respuesta de la Corona a la decisión *Ngati Apa*

La Corona no esperaba perder este caso. Un día después de que la decisión se hiciera pública, el gobierno anunció que legislaría para prevenir la toma de títulos de posesión absoluta sobre el borde costero y el fondo marino por parte del pueblo maori y que además “protegería los derechos de todos los neocelandeses”. Se presentó una protesta masiva en contra de los maori. Entre la población general se extendió un miedo irracional de que estas áreas fueran destinadas a convertirse

30 Ver decisión de Justice Gault

en propiedad privada y de acceso único maori. La Corona presentó el borrador de una propuesta para ser consultada con los *hapu e iwi* maori. En cada área visitada por la Corona los *hapu e iwi* maori rechazaron unánimemente la propuesta. Una fuerte marcha de protesta de 15.000 personas, la más grande en la historia de Nueva Zelanda, cruzó la isla del Norte de punta a punta, terminando en Wellington. El reclamo maori establecía que tal propuesta debilitaba el mana de los hapu e iwi maori, y el rangatiratanga garantizado a los maori bajo te Tiriti o Waitangi (versión maori). Desconociendo lo anterior, la Corona introdujo una ley al Parlamento en el 2004 basado en los siguientes principios, los cuales eran idénticos a los rechazados por los maori:

- a. **Acceso** – la propiedad sobre el borde costero estaría en manos de la Corona. Esto aseguraría que el público mantuviera el acceso a las playas de Aotearoa/Nueva Zelanda.
- b. **Regulación** – la regulación del área permanecería según las existentes disposiciones reglamentarias de la sentencia 1991 de administración de recursos. Bajo esta sentencia el borde costero estaría regulada a través de una mezcla de disposiciones legislativas de los gobiernos locales y el gobierno central.
- c. **Protección** – La conexión ancestral de los *hapu e iwi* maori con sus áreas sería reconocida, y a los maori les sería concedida la oportunidad de participar. La disposición sería consultada con los maori.
- d. **Certeza** – todo lo anterior proveería una mayor certeza en cuanto al control y administración de las áreas de línea costera y fondo marino.

## 2.5 El informe del Tribunal de Waitangi sobre las propuestas de política

Los maori reclamaban que las políticas propuestas por la Corona representaban una falta en los principios del Tratado de Waitangi. Ellos solicitaron y les fue garantizada, una audiencia urgente por el Tribunal de Waitangi. El Tribunal encontró que efectivamente dichas políticas representaban una falta a los principios del Tratado de Waitangi y propuso varios caminos que la Corona podía tomar, estos incluían:

1. Dar a los maori la oportunidad de sentarse con el gobierno y discutir de manera apropiada las opciones que eran genuinamente posibles;
2. Permitir a los procesos de la Corte tomar su propio curso;
3. Dejar a los procesos de la Corte seguir su propio curso, pero hacer disposiciones reglamentarias para el acceso público y en muchas circunstancias hacer claridad que el borde costero y el fondo marino permanecen inalienables;
4. Expedir recursos específicos para la Alta Corte y dar a la Corte Maori de Tierras poder para reconocer otros derechos fuera del derecho de pleno dominio;
5. Proteger el *Mana* maori – Encontrar una vía para confirmar la propiedad maori mientras se proporciona el control y administración mutua y el acceso público, de acuerdo al ejemplo Orakei (es decir establecer un consejo administrativo que incluya miembros del *iwi* y el consejo local con el voto decisorio para el *iwi*);
6. Usar el modelo provisto para el regreso de la propiedad de los lagos centrales de la Isla Norte a Tuwharetoa y Te Arawa *iwi*, respectivamente (ie. Fondo marino a manos del *iwi*/agua *res nullius* / administrado por la Corona / *iwi* tiene derecho de pesca).

## **2.6 La respuesta de la Corona – Sentencia del 2004 sobre Línea Costera y Fondo Marino**

En el 2004 la sentencia sobre Línea Costera y Fondo marino fue aprobada. Esta otorgaba la propiedad del borde costero y el fondo marino exclusivamente a la Corona. Por su parte también establecía que la Corona no debía ninguna obligación fiduciaria a ninguna otra persona en el área. La intención aquí era claramente la extinción de dominio sobre los títulos tradicionales maori de esta área. Al mismo tiempo, este preservaba los derechos y licencias existentes en el área en manos de otros. Más allá, aquellos a quienes la Corona les garantizaba derechos en el área podían continuar ejerciendo sus derechos ininterrumpidamente.

Bajo la Sentencia, es posible para los maori obtener los mínimos derechos de interés si ellos pueden probar su titulación. El umbral de

prueba es muy alto. Sin el uso por parte de la corte de mecanismos de interpretación reglamentaria muy sofisticados, será imposible para los *hapu* e *iwi* maori probar su titulación.

a. Ordenes de Derecho Territorial Tradicional – Alta Corte

La sentencia provee a la Alta Corte las disposiciones necesarias para determinar los derechos sobre títulos territoriales tradicionales.

La Alta Corte puede emitir una disposición en favor de un grupo maori si ellos pueden probar lo siguiente:

- a. Uso exclusivo por parte del grupo;
- b. de una área específica;
- c. que ha sido sustancialmente ininterrumpida desde 1840.

En adición:

- d. el grupo debe ser también propietario de la tierra contigua;
- e. y la Corte no debe tener en cuenta ninguna asociación espiritual salvo que dichas asociaciones estén ligadas a una práctica específica;
- f. si otros han usado la tierra entonces el derecho caduca;
- g. el uso no debe ser ilegal o extinguido por decreto.

Si un grupo maori puede sobrevivir a estas pruebas rigurosas, la Alta Corte puede a su discrecionalidad:

- h. emitir una orden en la cual proteja el uso o práctica del grupo en esta área o;
- i. recomendar que el grupo entre en negociaciones con la Corona.

No hay reparación o compensación pagable por el no reconocimiento de estos derechos por parte de la Corona.

b. Disposición de Derechos Tradicionales – Corte Maori de Tierras

La Corte Maori de Tierras no posee más jurisdicción para investigar sobre la tenencia del borde costero y el fondo marino. Esta puede emitir

disposiciones de derechos tradicionales a los hapu e iwi si se cumplen los siguientes criterios:

- j. un uso o práctica
- k. de un área específica
- l. que ha sido sustancialmente ininterrumpida desde 1840
- m. que no ha sido basada solamente en asociaciones culturales o espirituales
- n. que no está prohibido por la ley
- o. no tiene relación con pesca
- p. ni tampoco para la captura de mamíferos o animales.

Si estas normas son cumplidas y hay prácticas que no están incluidas en las anteriores, entonces dichas empresas pueden ser protegidas y comercialmente explotadas (dependiendo de los recursos).

Bajo esta sentencia no existe ninguna compensación pagable por el no reconocimiento legislativo de derechos de propiedad maori preexistentes.

## **2.7 La respuesta maori**

Los maori respondieron a la sentencia con indignación, reclamando que esta era una falta al Tratado de Waitangi y que era la base para futuros agravios al Tratado en contra de las próximas generaciones maori. Se formó entonces el Partido Maori, siendo una de sus principales plataformas buscar la abolición de dicha sentencia. El Partido cuenta con cuatro miembros en el parlamento y es bastante elocuente en temas maori.

- a. Comité Internacional para la Eliminación de la Discriminación Racial

La naturaleza racista de la legislación hizo que Te Runanga o Ngai Tahu, la coalición de tribus del Tratado y el Consejo Maori de Taranaki, le solicitaran al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial que hicieran un informe sobre el tema. En marzo de 2005, el Comité emitió su decisión. El Comité estableció que la legislación en torno al borde costero y el fondo marino estaba

en contra de los maori, particularmente en cuanto les quitaba la posibilidad de establecer títulos tradicionales sobre el borde costero y el fondo marino y además tenía grandes falencias para garantizar los derechos de compensación. El Comité sugirió que la Corona reactivara el diálogo con los maori y tratara de encontrar vías para reducir sus efectos discriminatorios, incluyendo cuando fuera necesario enmiendas legislativas.

En respuesta, el primer ministro criticó al Comité, manifestando que este “*se encuentra fuera de los alcances de las Naciones Unidas*” y que había seguido además “*un proceso insatisfactorio*”<sup>31</sup>. Ella también estableció que aquellos que se oponían a la legislación estaban asumiendo mucho más del informe de lo que este de hecho contenía.

b. Rodolfo Stavenhagen delegado de la Comisión de Naciones Unidas para Derechos Humanos

En noviembre de 2005, Rodolfo Stavenhagen, delegado de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, visitó Nueva Zelanda para investigar la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los maori como el pueblo indígena de Aotearoa/Nueva Zelanda. Dentro de sus recomendaciones está la siguiente:

La Sentencia sobre el borde costero y el fondo marino debe ser revocada o enmendada por el Parlamento y la Corona debe comprometerse en el establecimiento de negociaciones sobre el tratado con el pueblo maori en aras de reconocer los derechos inherentes de los maori sobre el borde costero y el fondo marino. Asimismo establecer mecanismos regulatorios que permitan el libre y completo acceso por parte del público general a las playas y áreas costeras de Nueva Zelanda sin discriminación de ningún tipo.

El Partido Maori introdujo una propuesta de ley en el parlamento, la cual buscaba revocar la sentencia 2004 sobre el borde costero y el fondo marino y abrir la posibilidad a las cortes de establecer títulos sobre dichas áreas. Áreas que una vez pertenecieron a los consejos de los puertos y que fueron dejadas en manos de la Corona. La propuesta

---

31 National News, Ipm, 14 March 2005.



de ley no obtuvo suficiente apoyo por parte de los otros partidos para convertirse en ley.

## CONCLUSIÓN

¿Cuáles son las lecciones que nos brindan estas experiencias anteriores de los maori en Aotearoa/Nueva Zelanda?

- a. La firmeza del gobierno y la propiedad del borde costero no requería que la Corona tomara decisiones tan duras en un intento de privar a los maori de sus derechos legítimos.
- b. Los dos conjuntos de titulaciones pueden coexistir tanto en la ley como en la realidad si la gente está dispuesta a compartir.
- c. Donde la administración de recursos prevalece sobre la propiedad del territorio, las estructuras compartidas de gobierno, es decir grupos indígenas y la Corona, pueden funcionar bien juntas.
- d. La pérdida de competencias de los grupos indígenas para indagar y determinar sobre los derechos de propiedad debe ser compensada.
- e. Las rentas y regalías de los recursos deben ser pagadas a grupos indígenas.
- f. Grupos indígenas deben tener privilegios en estas áreas por encima de otros en virtud de su estato previo de propiedad absoluta.

<i>E hara it te mea</i>	No es desde ahora
<i>No naianeī te aroha</i>	Esta cosa el amor
<i>No gna tupuna</i>	De los ancestros
<i>I tuku iho</i>	Nos fue dado
<i>I tuki iho</i>	Nos fue dado

## RESISTENCIAS DESDE LOS DESC Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ECONOMÍA COMUNITARIA Y SOLIDARIA

*FRANCO VITELI*<sup>1</sup>

Buenos días. Quiero felicitar a los organizadores, especialmente por la ceremonia de apertura que se hizo. El capitalismo es una cultura material. Pero lo que ahora se demostró, es que estamos perdiendo la espiritualidad, y hay que cultivar más la espiritualidad, que es una forma de vivir y una forma de alimentarse, una forma de razón humana.

Quisiera partir de lo siguiente: el tema de este seminario es globalización, derechos humanos y pueblos indígenas: antecedentes, desafíos y perspectivas.

Como parte de los antecedentes quiero recalcar que los pueblos indígenas en América Latina han logrado conquistar la dignidad que siempre habíamos tenido. Ese es un paso muy importante para todos los pueblos en el mundo.

Hemos logrado visibilizar la violación de nuestros derechos humanos. Hemos logrado visibilizar nuestra capacidad cultural, nuestra capacidad psicológica, tecnológica, como contraposición al capitalismo.

Tenemos precedentes jurídicos, como el caso Awas Tingni, en Nicaragua, o como el caso Sarayaku, en Ecuador, por el cual estoy aquí, y muchos otros casos más.

---

1 Pueblo de Sarayaku, Ecuador.

Esto determina que existan precedentes en términos de exigibilidad de derechos a nivel de cada uno de los estados, para que los pueblos indígenas contribuyamos a la formación de leyes. En el caso ecuatoriano hemos logrado, en el año 97, el reconocimiento de nuestros derechos colectivos, que no son una dádiva de los estados sino una lucha de los pueblos indígenas, con movilizaciones, con protestas, con trabajos de sensibilización, cabildeo, y también de amistad y amor entre pueblos.

En cuanto a los desafíos: hay un desafío que siempre me ha preocupado, que es realmente como un cáncer en los pueblos indígenas. Me refiero a los casos de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y el Movimiento Pachacutic, que están siendo corrompidos por los mismos estados. Hoy tenemos dirigentes indígenas corruptos, gente que se ha vendido al estado, gente que no está de acuerdo con su pueblo. Esto es preocupante, no tienen principios filosóficos, políticos o ideológicos, y la corrupción ya es política, ideológica y también espiritual. El primer desafío de los pueblos indígenas es vencer la corrupción y las desviaciones en nuestros propios pueblos y en nuestros propios corazones.

En la parte de los desafíos externos es importante trabajar en la capacidad de coordinación internacional, y eso lo hemos demostrado aquí. Cuando nosotros decimos ‘gracias, agradecemos a los organizadores’, todos los que estamos aquí hemos hecho posible esto, con nuestra lucha hemos hecho posible que se llegue a este tipo de eventos. O sea, ustedes mismos son los que tienen que agradecerse porque ustedes son los que han dado posibilidad de lograr este tipo de debates.

Otro de los desafíos más importantes es el territorio. El territorio es la base fundamental para los pueblos indígenas, pero el territorio se circunscribe a un estado, a un estado de derecho. Según he entendido ahora, es diferente el tratamiento del estado chileno hacia los pueblos indígenas y su avance en términos jurídicos y constitucionales. En el Ecuador hemos logrado los derechos colectivos, pero no se les aplican, y las empresas transnacionales les están quitando el poder y la soberanía al estado. Esto significa que desde el poco poder que nos queda, hay que fortalecer al estado, desde la perspectiva ciudadana utilizando la Constitución Política de cada estado, y los derechos internacionales, para exigir su renovación desde una visión pluricultural, desde una visión diversa. En eso estamos trabajando últimamente en el

Ecuador, particularmente mi pueblo, en el sentido de ‘cabildear’ con instituciones seccionales, con organismos internacionales, con instituciones académicas, intelectuales, y organismos de derechos humanos. Sensibilizar a la opinión pública, a la opinión estatal de cada uno de los países es un trabajo muy imperante que tenemos que hacer los pueblos indígenas, en cada uno de los países.

En cuanto a la legitimación jurídica, tuve la oportunidad de enfrentarme al Procurador del estado ecuatoriano en la OEA por el caso Sarayaku, quien nos dijo que no debemos oponernos al desarrollo, al progreso, y que el petróleo era de utilidad pública. Tuve que responderle tajantemente que los pueblos y los ciudadanos hacemos utilidad pública cuando nuestras madres cogen agua y leña; cuando vuestros esposos, cuando vuestros hijos hacen cacería, pesca y se alimentan de los frutos ¿eso es utilidad pública! Y es importante interpretar las leyes desde nuestra visión, desde nuestro pensamiento, y en eso nos falta bastante.

Otro de los puntos importantes dentro de los desafíos, es que los estados dicen que nuestra defensa y nuestra lucha es un terrorismo. Eso es totalmente falso. Es importante que nosotros no caigamos en provocaciones ‘guerreras’ o de armas, como sucedió en Colombia y como ocurrió en Perú, con el caso de Sendero Luminoso. Eso no nos lleva a nada, tenemos que usar la razón, el cerebro, tenemos que usar la fuerza cósmica y la fuerza espiritual, esas son nuestras armas para luchar, no contra personas, sino como una forma de vida que empezó cuando la tecnología comenzó a agrandarse en el mundo. No hemos podido controlar nuestra propia ciencia, que se inventó en Europa, con conceptos muy erróneos de desarrollo, con conceptos muy erróneos de bienestar.

Entonces, la conclusión a que llegamos es que nosotros tenemos las armas, que no son armas sino son sentimientos, es corazón, son ideas y son prácticas espirituales, prácticas de solidaridad, de promoción y sensibilización.

Dentro de las perspectivas tenemos que luchar mucho por sensibilizar, tenemos que entender que quienes manejan las empresas son personas, que van a la iglesia muchas veces, tienen al Opus Dei, van a adorar a Dios y dicen que son solidarios, pero en la práctica con sus empresas, no son solidarios.

Nosotros mismos, pues, yo no soy solidario cuando soy consumista y estoy en un hotel en el que se paga tanto. Ahí debo pensar ¿a costa de quién estoy en ese hotel? Tuvo que haber sido violados derechos humanos para que ese petróleo pueda dar luz, tuvo que haber sido violado el derecho de un ser humano. Entonces tenemos que tener este tipo de reflexiones.

Es importante trabajar en las cuestiones de sensibilización. Es importante trabajar también en la globalización de la solidaridad. Y hay que hacerle entender al estado la contribución de los pueblos indígenas, con el concepto de diversidad. Porque hasta ahora la formación de los estados tiene un carácter europeo. Los estados americanos no se formaron con premisas ideológicas y políticas de los pueblos indígenas, sino con políticas de los conquistadores, desde su visión de cómo funciona una sociedad. Justamente eso es lo que hay que cambiar.

Ahora se habla de crisis climática, de crisis de la tierra, pero en realidad de lo que hay que hablar es que nuestra madre está enferma. ¿Quiénes la matamos? Sus propios hijos. Eso es lo que hay que hay que reflexionar.

Es muy irónico escuchar a las Naciones Unidas que el objetivo del nuevo milenio es erradicar la pobreza. Ese discurso no cabe aquí, ese discurso no cabe en los pueblos indígenas. Porque si se quiere erradicar la pobreza tienen que reconocer los territorios a los pueblos indígenas, porque en los territorios es donde nosotros hacemos educación, tenemos salud, nos alimentamos y vivimos.

Entonces, si tenemos todo eso: tenemos ciencia, tecnología, tradición, conocimiento, no somos pobres. Hemos sido siempre ricos, y que ellos nos digan que somos pobres es muy diferente. Lo que no quieren reconocer es que están robándonos, y luego nos dicen que somos pobres. Eso no se puede aceptar. La pobreza no es nuestro concepto. La pobreza es un concepto relativo. Hay momento de acefalía, y siempre ha existido en las culturas, a veces la madre tierra con las erupciones volcánicas, los desbordes de los ríos, los maremotos, ha hecho que los pueblos estén en acefalía. Es la madre tierra la que hace eso. Entonces el concepto de pobreza no cabe aquí. Aquí todos somos ricos, al menos de corazón.

En cuanto a las perspectivas, es importante también trabajar en lo que es economía solidaria, y también en la redefinición de conceptos. Yo creo que la ‘academia’ indígena, los estudiantes indígenas, el magisterio indígena, los hombres que piensan, se tienen que poner a definir qué conceptos son los que realmente están conduciendo los destinos de los pueblos, ya que son conceptos que no son elaborados aquí. Son conceptos elaborados por las potencias, por las empresas, por los países. Nosotros tenemos que empezar a elaborar conceptos que realmente defiendan al ser humano y a la naturaleza.

Se habla de territorio y hasta nosotros somos materialistas, hablamos de territorio pero no de espiritualidad. Tenemos un gran territorio, que es el territorio espiritual, que no hay que perderlo de vista. Si logramos tener ese territorio espiritual, el territorio material vendrá después.

Quisiera terminar agradeciendo a todos por haberme escuchado, y señalando que es la tierra madre la que determina nuestra naturaleza y no el hombre el que determina su existencia y, lo que es peor, su destrucción

Muchas gracias.

**SEGUNDA PARTE**

**CHILE:**

**GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS**

**Y PUEBLOS INDÍGENAS**





## **PUEBLOS ORIGINARIOS: UN DESAFÍO ADICIONAL A LA RSE**

*XIMENA ABOGABIR<sup>1</sup>*

Las empresas, especialmente las que utilizan recursos naturales, requieren convivir en armonía con las comunidades locales. Ello pasa por el respeto mutuo, una interrelación sincera y un equilibrado beneficio para todas las partes involucradas. Cuando la comunidad aledaña está integrada por pueblos originarios, el desafío es aún mayor ya que el patrimonio natural no es para ellos un recurso económico sino parte integral de su cultura ancestral. Una complejidad adicional es que, en la mayoría de los casos, existe una historia previa de desconfianza y conflicto entre las partes, de la cual es saludable hacerse cargo antes de intentar construir una relación sustentable.

La propuesta de la Responsabilidad Social Empresarial aporta dos principios ya universalmente aceptados que pueden constituir una oportunidad para que las empresas acerquen posiciones con los pueblos originarios:

- Relevar los derechos humanos fundamentales y respetar las culturas, costumbres y valores en su relación con sus empleados y otros grupos humanos afectados por sus actividades; y
- Contribuir al desarrollo social, económico y organizacional de las comunidades en las cuales operan.

---

<sup>1</sup> Presidenta Fundación Casa de la Paz.

Para que estos principios puedan efectivamente ser realidad, las empresas requieren revertir la cultura de desconfianza histórica entre las partes, lo que no se logra con discursos ni promesas, sino a través de la experiencia sostenida en el tiempo de cumplimiento de acuerdos y compromisos. Solo superada esta barrera, será posible concebir una forma de relacionamiento que sea constructivo y que genere beneficios mutuos en forma equilibrada, para posteriormente proceder mancomunadamente a impulsar oportunidades de desarrollo culturalmente pertinentes y de largo plazo.

Habitualmente, el gobierno asume el rol de “contener” la relación entre las empresas privadas y las comunidades locales, en busca de otorgar transparencia y credibilidad a la información y evitar que la relación derive en asistencialismo o cooptación de dirigentes. Ello pasa porque las autoridades tengan el sincero convencimiento de que los pueblos originarios constituyen una oportunidad y no un obstáculo para el desarrollo nacional, como parece ser el tácito sentir de muchos. También requiere fortalecer la institucionalidad específica –CONADI– lo que tampoco se ha logrado en los últimos años. Adicionalmente, es preciso que los ingresos generados sean reinvertidos mayoritariamente en la región que los origina, de modo que la comunidad local obtenga un beneficio que compense la alteración del patrimonio natural. En forma paralela, es preciso proveer servicios de salud y educación de calidad para los pueblos originarios, tradicionalmente los más pobres, así como asegurar la protección de las tierras ancestrales.

Dado que, generalmente, el Gobierno no asume su rol en este ámbito, la relación directa entre las empresas y las comunidades locales deriva habitualmente en asistencialismo y, como resultado, en la cooptación de los dirigentes. Ocurre otras veces que la empresa se instala como espectador y, declarando cumplir la ley, exige gobernabilidad para desarrollar sus actividades, lo cual generalmente eleva la temperatura de los conflictos existentes.

Habitualmente, los programas de RSE de las empresas relacionadas con recursos naturales toman la forma de programas de capacitación con miras a generar empleabilidad entre los vecinos de las faenas productivas; la promoción de microemprendimientos para hacer posible su contratación como proveedores locales; donaciones a los servicios de educación y salud de la localidad; y construcción de infraestructura vial.

Esto que suena razonable para la mayoría de las localidades de escasos recursos, en las comunidades de pueblos originarios puede presentar dificultades. La empleabilidad de pueblos originarios en las empresas suele acarrear una disminución de las actividades productivas tradicionales, una alteración en las relaciones intergeneracionales al interior de las familias y la disminución del uso de la lengua nativa. Lamentablemente, el foco de atención de las empresas está puesto, generalmente, en cómo incorporar a las comunidades originarias en sus operaciones productivas, más que incorporarse ellas en la cultura local, fortaleciendo los aspectos positivos de la misma que a los pueblos originarios interesa conservar.

Por otra parte, en algunas ocasiones los emprendimientos privados requieren relocalizar comunidades originarias, lo que se intenta compensar a través del intercambio de hectáreas cultivables o de la construcción de viviendas nuevas. Sin embargo, rara vez se asume que para el mundo indígena, abandonar sus tierras representa una pérdida de derechos a su cultura ancestral; rompimiento de estructuras familiares; deterioro de la autosoberanía, de sistemas espirituales y de conocimiento, así como de identidad y unidad comunitaria.

En otras ocasiones, la intervención privada contempla, con la mejor de las intenciones, la conservación de recursos naturales, lo que muchas veces implica negar el acceso a recursos que ancestralmente han estado a disposición de las comunidades y que constituyen pilares de su cultura y sistema de vida.

A menudo los proyectos de desarrollo traen aparejada la construcción de infraestructura, lo cual tiende a ser bienvenido como signo de progreso, porque significa dar acceso a potenciales mercados y servicios. Sin embargo, se olvida que nuevos caminos también gatillan la emigración de los jóvenes, así como la inmigración de otros grupos sociales, lo cual redundando en mayor presión por enajenar las tierras y así abandonar actividades propias de la cultura ancestral.

Por otra parte, para las empresas interesadas en construir lazos de colaboración y confianza con los pueblos originarios, no resulta evidente cómo asegurar su participación efectiva en todas las decisiones que puedan afectar sus vidas. No les es fácil visualizar la representatividad de sus dirigentes, como elemento básico que garantice efectividad a los

procesos de toma de decisiones. Tampoco les resulta sencillo identificar sobre qué asuntos consultar y en qué momento hacerlo.

Tampoco es fácil generar alianzas constructivas entre las empresas y las comunidades de pueblos originarios. No siempre está claro para las partes con quién aliarse y con qué objetivo; ni cómo compatibilizar los sistemas de toma de decisiones entre ambos grupos; o cómo comprender y respetar las consideraciones culturales de la relación. Resulta complejo diseñar procesos efectivos de generación de conocimiento sobre líneas base y la evaluación del impacto social y ambiental de ciertas actividades, que permitan una interpretación compartida de las consecuencias de las intervenciones en el patrimonio natural. Tampoco es evidente establecer métodos efectivos de comunicación de doble vía y de administración de expectativas. Constituye un desafío mayor llegar a acordar e implementar mecanismos apropiados que permitan resolver las controversias y conflictos que necesariamente surgirán de la relación entre actores con visiones, intereses, preocupaciones y lenguajes diferentes.

Gradualmente se ha ido consolidando el concepto del “consentimiento libre, previo e informado”, que el Convenio 169 de la OIT define de la siguiente manera: “Los pueblos involucrados deben tener el derecho para decidir sus propias prioridades para sus procesos de desarrollo en la medida que afecten sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, así como los territorios que habitan o utilizan, y para ejercer control, en la medida de lo posible, sobre sus propio desarrollo. Adicionalmente, ellos participarán en la formulación, implementación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacionales y regionales que puedan afectarles directamente”.

Sin embargo, a la hora de implementar programas y proyectos, lo anterior plantea dos interrogantes para las empresas privadas: ¿Se trata de consentimiento o de apoyo?; y ¿cuál es el umbral entre el “consentimiento libre, previo e informado” y la soberanía nacional? Especialmente cuando se trata de inversiones de largo plazo, como la industria minera o la forestal, la estabilidad de las reglas del juego es un asunto fundamental para decidir una inversión en un país determinado.

En síntesis, dado que es urgente avanzar en formas sustentables de convivencia entre las empresas privadas relacionadas con recursos naturales y los pueblos originarios, se precisa avanzar hacia la generación de una plataforma que facilite la interacción sincera y apaciguada entre las partes, y esforzarse por generar competencias profesionales, en ambos sectores, que les permita comprender los asuntos de importancia crítica, y generar soluciones creativas a una situación que hoy es insustentable.

# LAS RECOMENDACIONES DEL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE LA ONU PARA LOS DERECHOS INDÍGENAS SOBRE CHILE Y LA RESPUESTA DEL ESTADO Y DE OTROS ACTORES INTERPELADOS

JOSÉ AYLWIN<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Las múltiples denuncias relativas a la violación de derechos de pueblos indígenas formuladas por las organizaciones indígenas y por entidades no gubernamentales concitaron la preocupación de la ONU. Ello determinó que en el mes de julio de 2003, el Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, realizara –con el consentimiento del gobierno de Chile– una misión al país para constatar en terreno la realidad de estos pueblos y de sus derechos.

En noviembre de 2003 el Relator Stavenhagen emitió su Informe dando a conocer los resultados de la misión. El informe, conocido en Chile en febrero de 2004, el Relator dio cuenta de los graves problemas que a su juicio afectaban la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en el país. En él constató, en primer término, “*la estrecha correlación entre pobreza e identidad indígena en el país*”<sup>2</sup>. Identificó, además, el

---

1 Codirector del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

2 De acuerdo al Relator, “*la mayoría de los indígenas y especialmente los mapuches de la Araucanía acusan altos índices de pobreza y bajos índices de desarrollo humano, resultado de*

problema de la propiedad de la tierra y la territorialidad de los indígenas, particularmente entre los *mapuche*, como uno de los más graves<sup>3</sup>. El Relator sostuvo que la acción del estado en este ámbito a través del Fondo de Tierras era insuficiente debido al aumento especulativo de los precios de la tierra y a la demora en las tramitaciones, todo lo cual explicaba los conflictos de tierras existentes en esta parte del país.

Otro de los problemas identificados por el Relator fue el de los grandes proyectos de desarrollo, incluidos el denominado *by pass* de Temuco, la carretera de la costa y la construcción de represas. El Relator se detuvo en el análisis del caso de la central hidroeléctrica de Ralco en el Alto Bío-Bío, que para entonces ya había provocado el desplazamiento de decenas de familias *pehuenche* fuera de su hábitat tradicional. Al respecto el Relator llamó la atención sobre la desprotección en que, de acuerdo a la legislación chilena, se encontraban los derechos de los indígenas sobre las aguas, los recursos del subsuelo, y los recursos del mar y de los lagos, lo que había incidido en su concesión a terceros.

El Relator llamó la atención, además, sobre el tratamiento judicial dado a las acciones de presión de los *mapuche* en relación con sus problemas de tierras, así como sobre la violencia física y verbal ejercida contra la población *mapuche* dada la presencia permanente de fuerza pública en sus comunidades, causando temor en la población. Manifestó, además, su preocupación por la “*vulnerabilidad del derecho al debido proceso*” dada la aplicación en contra de los *mapuche* de legislación especial, en particular la ley antiterrorista. Contrastó esta situación con aquella de Alex Lemún, joven *mapuche* de 17 años de edad, quien resultó muerto por causa de balas disparadas por Carabineros, lamentando que en este

---

*la larga historia de discriminación y exclusión social que han sufrido.”* Stavenhagen, Rodolfo (Relator Especial ONU), *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Misión a Chile*, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/2004/80/Add. 3, par. 16.

3 Así el Relator constató que “*las tierras en propiedad de los mapuche son extremadamente escasas y están sobreexplotadas*”; “*se encuentran aisladas dentro de propiedades de particulares, principalmente de extensas plantaciones forestales, cercadas y protegidas por guardias privados (dificultades de tránsito, hostigamiento, ningún acceso a los bosques)*”; y que “*como un efecto del desarrollo de las plantaciones forestales el suelo en que se encuentran las tierras de los mapuche han perdido sus fuentes de agua (para consumo y para riego), ha disminuido o desaparecido la fauna silvestre (que hizo parte de su dieta) y la vegetación del sotobosque (tradicionalmente utilizada con fines rituales, medicinales y alimenticios).*” (Stavenhagen, 2004; par. 19)

caso no se hubiesen tomado las medidas necesarias para castigar a los culpables o indemnizar a la familia.

Sostuvo que esta problemática se da “*en un marco legislativo ambiguo y poco conducente*” para la protección de las identidades de los pueblos originarios, ya que la Ley Indígena no contempla adecuadamente los mecanismos para estos efectos.

El Relator afirmó que “*a pesar del acelerado proceso de crecimiento económico del país, todavía existe una gran brecha entre la sociedad chilena en general y los pueblos originarios. Sostiene que hace falta innovar en la creación de mecanismos de diálogo para la resolución de los conflictos interétnicos, con el propósito de lograr el reconocimiento efectivo de los derechos culturales, políticos y territoriales de los pueblos originarios*”<sup>4</sup>.

## LAS RECOMENDACIONES DEL RELATOR ESPECIAL

En su informe el Relator concluye que “*la situación actual de los pueblos indígenas de Chile requiere la atención urgente, no solo del Gobierno, sino también de todos los grupos políticos así como de la sociedad en general. A pesar de haberse producido importantes avances en el país en materia indígena durante los últimos diez años, estos continúan viviendo una situación de marginación y negación que los mantiene apartados significativamente del resto del país*”<sup>5</sup>.

Por lo anterior recomendó al Congreso la introducción de reformas jurídicas, entre ellas, la reforma constitucional, la ratificación del Convenio 169 de la OIT y la revisión de la legislación sectorial (tierras, aguas, minas, etc.) contradictoria con la Ley Indígena, debiendo “*primar el principio de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas por encima de intereses comerciales y económicos particulares*”<sup>6</sup>.

---

4 Stavenhagen, 2004; parag. 53.

5 *Ibid.*, parag. 56.

6 *Ibid.*, parag. 59.



En materia de tierras recomendó que el Fondo de Tierras de CONADI ampliase y acelerase sus actividades, e incrementase sustancialmente sus recursos, para poder atender las necesidades de las familias y comunidades indígenas. Especialmente en las áreas *mapuche*, propuso intensificarse un programa de recuperación de tierras indígenas<sup>7</sup>.

En materia de desarrollo sustentable recomendó que en los proyectos de desarrollo que se ejecuten en las tierras y territorios indígenas, estos fuesen consultados previamente de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, y que sus opiniones fuesen tomadas en consideración por las autoridades y empresas ejecutoras<sup>8</sup>.

En materia de justicia, señaló que *“bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”*. Agrega que *“no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”*<sup>9</sup>. Recomendó que fuese revisado el caso de los lonkos procesados, Pascual Pichún de Temulemu y Aniceto Norín de Didaico (IX Región de la Araucanía), con estricto apego a las garantías de debido proceso establecidas en las normas internacionales de derechos humanos. En el mismo plano propuso *“que el Gobierno de Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas”*<sup>10</sup>.

Propuso, además, la adopción de medidas para el establecimiento de una institución nacional de defensa y protección de los derechos humanos u “ombudsman”. A los organismos de la ONU, en cooperación con el gobierno, los pueblos indígenas y otras partes interesadas, propuso la realización de una reunión de seguimiento dirigida a identificar las maneras en que el sistema de la ONU podía asistir al estado a poner en

---

7 *Ibid.*, parags. 64-66.

8 *Ibid.*, parags. 67-68.

9 *Ibid.*, parags. 69-70

10 *Ibid.*, parag. 75.

práctica las recomendaciones del informe<sup>11</sup>. Finalmente, recomendó a los medios de comunicación que “*redoblen los esfuerzos para dar amplia cobertura balanceada y equilibrada a las necesidades y la situación de los pueblos indígenas así como a las situaciones de conflicto social en las regiones indígenas*”; y a la comunidad académica, que extendiera sus esfuerzos para cubrir temas de derechos de pueblos indígenas en su conjunto<sup>12</sup>.

### LA RESPUESTA DEL GOBIERNO DE LAGOS: EL DISCURSO

El gobierno de Lagos respondió al informe del Relator al momento de su presentación ante la Comisión de Derechos Humanos en abril de 2004. En la ocasión su representante agradeció al Relator por su visita e informe y reconoció que este contenía elementos que contribuirían a abordar la situación de los pueblos indígenas en el país. Negó, sin embargo, que en Chile existiera discriminación étnica, o que hubiese juicios en contra de los pueblos indígenas por razones políticas, afirmando que Chile era un estado de derecho donde se respetaba el debido proceso<sup>13</sup>.

El 16 de abril de 2004 el Presidente Lagos, sin hacer alusión al Informe del Relator, respondía indirectamente a él al anunciar su política de “nuevo trato” hacia los pueblos indígenas. Con este anuncio Lagos daba acogida formal a las recomendaciones hechas en octubre de 2003 por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, Comisión por él creada a inicios de su mandato (2001) para proponer alternativas para una nueva relación entre pueblos indígenas y estado<sup>14</sup>. Lagos manifestó su disposición a reformar la Constitución para dar reconocimiento a los pueblos

---

11 *Ibid.*, parag. 80-81.

12 *Ibid.*, parag. 86-87.

13 **Special Rapporteur on Human Rights of Indigenous Peoples Addresses Commission on Human Rights**, *Press Document*, 08.04.04, UN Human Rights Commission.

14 En su informe final de octubre de 2003 dicha Comisión propuso reformas jurídicas y políticas para reparar los daños causados a los pueblos indígenas y para establecer con ellos de un nuevo trato basado en el reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales colectivos. Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe*, 2003, disponible en [www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl). Cabe señalar que el Relator recomendó al gobierno chileno tomar en consideración las propuestas de esta Comisión sobre transformaciones jurídicas, económicas y sociales (Stavenhagen, 2004, parág. 60).

indígenas y obtener la ratificación del Convenio 169, así como a impulsar transformaciones legislativas y administrativas para dar vida a esta política. Además, anunció una serie de medidas para el impulso de la educación y el fortalecimiento sociocultural indígena, el fomento del desarrollo productivo indígena y la restitución de tierras y aguas<sup>15</sup>.

La respuesta formal del gobierno de Chile al informe del Relator de la ONU, sin embargo, demoró más de un año<sup>16</sup>. A través de un informe especial el gobierno dio cuenta de las acciones impulsadas en materia indígena, siguiendo para estos efectos el orden de las recomendaciones del Relator en su informe de 2004. Este informe de gobierno describió los esfuerzos realizados, sin éxito hasta entonces, para la reforma de la Constitución y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En relación con la revisión de la legislación sectorial (tierras, aguas, minas, etc.) contradictoria con la Ley Indígena propuesta por el Relator, el gobierno chileno señaló que durante el 2005 se elaboraría una iniciativa de reforma legislativa para estos efectos, dando cuenta del trabajo realizado con comunidades *mapuche lafkenche* para elaborar una indicación legal a la ley de pesca y permitir su uso del borde costero<sup>17</sup>.

En materia de pobreza se dio cuenta del conjunto de políticas impulsadas por el gobierno, entre ellas los programas Chile Solidario y Orígenes a objeto de lograr reducir la pobreza en comunidades indígenas. Lo mismo en relación a la política de tierras, en que se dio cuenta de los avances del Fondo de Tierras Indígenas de CONADI en esta materia. En el ámbito del desarrollo sustentable, se informó que en virtud de la política de nuevo trato se incorporó la participación indígena en proyectos de desarrollo en comunidades indígenas, haciendo especial referencia a los proyectos de entidades públicas. Nada señaló, sin embargo, en relación a los proyectos de inversión de privados con los cuales las comunidades tenían graves

15 Gobierno de Chile, *Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas* (Palacio de la Moneda, 16 de abril de 2004) (Santiago: mayo, 2004)

16 MIDEPLAN, *Informe I Recomendaciones Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas Chile* (Respuesta a Informe Relator ONU sobre derechos indígenas, 2005, inédito).

17 El informe no señaló que en marzo de 2004 el Presidente Lagos no asistió –sin explicación alguna– a una invitación realizada por los *mapuche lafkenche* para hacerle entrega de sus observaciones a la ley de pesca. La reunión congregó a más de cinco mil *lafkenche* de Arauco a Chiloé, quienes se sintieron ofendidos por la actitud presidencial.

conflictos, respecto a los cuales el Relator había recomendado la creación de mecanismos de diálogo para su superación.

En materia de administración de justicia el gobierno negó categóricamente que hubiese criminalizado la protesta indígena<sup>18</sup>. Sostuvo, además, que había recurrido a la aplicación de la ley antiterrorista “*en casos muy puntuales*” cuando los hechos cometidos revestían el tipo penal que dicha ley sanciona. Admitió, sin embargo, que esta ley establecía tipos penales demasiado amplios, por lo cual se hacía necesaria su revisión. En relación con la recomendación del Relator de que el caso de los *longko* procesados Pascual Pichún y Aniceto Norín fuese revisado, informó que estos habían recurrido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación del artículo 8 de la Convención Americana. Es decir, utilizó como si fuese una iniciativa propia, una denuncia interpuesta por los *longko* en contra del estado de Chile por la violación de sus garantías consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Finalmente, el gobierno nada señaló en relación a la petición que le fuera formulada por el Relator de declarar una amnistía general para los defensores de derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de tierras indígenas (MIDEPLAN; 2005).

## LA PRÁCTICA

En la práctica, sin embargo, la política del gobierno de Lagos en relación a los pueblos indígenas estuvo claramente marcada por la contradicción, distinguiéndose nítidamente dos tendencias contrapuestas; la de la política sectorial impulsada por CONADI y el Programa Orígenes, y la de la política económica, impulsada por el resto de los organismos públicos y orientada por el propio Presidente. En materia de política sectorial los esfuerzos del estado estuvieron centrados en las tierras y el desarrollo indígena. En el primer ámbito, el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) de CONADI –junto

---

18 “Ningún Estado democrático puede aceptar el uso de la violencia como medio para satisfacer una demanda social. En Chile existen mecanismos y canales institucionales para dar respuesta a las reivindicaciones sociales, indígenas o no indígenas. Las acciones judiciales están encaminadas a castigar a autores de delitos. Sancionar a quienes cometen un delito no implica “criminalizar” una reivindicación social o política” (MIDEPLAN, 2005; 6).

al Ministerio de Bienes Nacionales— reforzaron sus acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas. De acuerdo a antecedentes de CONADI para el período 2002-2005, esta entidad destinó M\$ 11.691.857 al otorgamiento de subsidios de tierras individuales y/o comunitarios permitiendo la adquisición de 8.542 hectáreas para 903 familias, en su gran mayoría *mapuche* (Artículo 20 letra a ley indígena). A ello se agregó la destinación de M\$ 30.994.500 en el mismo período para la adquisición de 29.126 hectáreas a comunidades con conflictos históricos de tierras (tierras en conflicto art. 20 letra b) para 2.571 familias, también mayoritariamente *mapuche*. Junto a lo anterior, CONADI y Bienes Nacionales concretaron en el mismo período el traspaso a comunidades indígenas a lo largo del país de 107.796 hectáreas de tierras fiscales históricamente ocupadas por ellos, para un total de 6.917 familias con una inversión de M\$ 312.891 (CONADI, 2006). A ello se suma, por último, el saneamiento y la regularización de las tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el estado, el que para el período comprendido entre el 2000 y el 2004 fue estimado por CONADI en 120.000 hectáreas<sup>19</sup>.

A pesar de los avances logrados por CONADI en este campo, las deficiencias de su acción deben ser señaladas. Del total de tierras adquiridas, transferidas y saneadas a indígenas en el país en este período, solo 37.668 hectáreas constituyen ampliación propiamente tal de la superficie en poder de indígenas, en tanto que las restantes hectáreas de las que CONADI da cuenta corresponden a transferencia de tierras fiscales y regularización de tierras en poder de indígenas. La cobertura de los programas públicos de tierra es claramente insuficiente en relación con las necesidades de tierras indígenas, la que solo en el caso de los *mapuche* alcanzaría al menos a 200 mil hectáreas<sup>20</sup>. Ello se debe a la insuficiencia de los recursos destinados por el estado al desarrollo de esta política pública, insuficiencia que se hace más grave dado el incremento del valor de las tierras adquiridas por CONADI a través de este mecanismo, el que se habría cuadruplicado desde 1994 a la fecha<sup>21</sup>. A estos problemas se unen las deficiencias de las tierras adquiridas por CONADI para asegurar el desarrollo productivo de las comunidades

19 CONADI, Fondo de Tierras y Aguas, 2005.

20 Edgardo Lienlaf, Director Nacional de CONADI, estimaba al año 2002 las tierras demandadas por los *mapuche* en 170.000 hectáreas.

21 Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI Subdirección Sur), *Información sobre Fondo de Tierras Indígenas*, 2005, inédito.

y personas *mapuche* beneficiarias, y la ausencia de programas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, transferidas o regularizadas, en particular durante la década de los noventa. A lo anterior se agregan los problemas de tierras la titulación de tierras –en muchas ocasiones– en forma individual, lesionando con ello las formas de propiedad comunitaria indígena, y la demora en la titulación de los predios fiscales traspasados a CONADI por Bienes Nacionales. Finalmente, hay quienes sostienen que el traslado de comunidades desde sus tierras de origen a otras nuevas ubicadas en lugares distantes, si bien es de carácter voluntario, produce una división de la comunidad, afectando la organización e identidad de sus integrantes.

En materia de desarrollo y cultura la política pública sectorial también fue fortalecida, en particular con la intervención del Programa Orígenes. Dicho Programa, que contó con financiamiento especial del Banco Interamericano de Desarrollo y del gobierno de Chile<sup>22</sup>, y que ha sido administrado por el Ministerio de Planificación, ha tenido como objetivo central el mejoramiento de las condiciones de vida y la promoción del desarrollo con identidad de los pueblos indígenas en el área rural<sup>23</sup>. De acuerdo a CONADI, en el período comprendido entre el 2002 y el 2005 este programa operó en las cinco regiones con más alta concentración de población indígena en el país, abarcando con su accionar un total de 646 comunidades indígenas con un total de M\$ 3.671.000<sup>24</sup>. Las acciones impulsadas a través de Orígenes se encuentran las orientadas a la educación y cultura indígena, que permitieron la financiación de 291 proyectos de comunidades con M\$ 473.000. En el ámbito del desarrollo productivo, en tanto, se financiaron 767 proyectos presentados por comunidades con un total de M\$ 1.712.000<sup>25</sup>.

Cabe reconocer el apoyo del Programa Orígenes al desarrollo indígena, en particular cuando ha aportado recursos y capacidades a propuestas de desarrollo definidas y ejecutadas por las propias organizaciones

---

22 Este Programa es el producto de un convenio suscrito el 2001 entre el BID y MIDEPLAN por el gobierno chileno. La primera entidad aporta en calidad de préstamo un total de US\$ 80 millones para su ejecución, en tanto el segundo aporta US\$ 53 millones.

23 Programa Orígenes, *Informe de Avance Primer Semestre 2005*, inédito.

24 CONADI, *Corporación Nacional de Desarrollo Indígena 2002-2005*, Ed. Antenas, 2006.

25 CONADI, 2006.

y comunidades indígenas. Son múltiples, sin embargo, las críticas formuladas a su accionar desde la perspectiva de los derechos indígenas. Entre ellas destacan la escasa participación indígena en el proceso de formulación de Orígenes; la politización partidaria de la institución; el privilegio de las comunidades legales y las organizaciones tradicionales indígenas o las organizaciones territoriales como beneficiarias de este programa; la demora en la ejecución de los planes de trabajo acordados con las comunidades participantes de este proyecto, y las dificultades para hacer llegar a ellas los recursos comprometidos<sup>26</sup>. Algunas de estas críticas, como la focalización territorial del Programa en áreas indígenas, han sido recogidas por Orígenes, entidad que en el último tiempo ha impulsado el desarrollo de planes territoriales de desarrollo indígena (36 al primer semestre de 2005), y considera la focalización territorial de su accionar para una segunda etapa de trabajo<sup>27</sup>.

Junto a lo anterior, MINEDUC fortaleció su programa de becas para apoyar el acceso de estudiantes indígenas a la educación en todos sus niveles, desde la educación básica hasta la superior. El número de becas se incrementó de 6 mil en 1997, a 24.070 mil en el 2002, y 33.600 el 2005. El total acumulado entre el 2002 y el 2005 ascendió a 114.317 becas indígenas<sup>28</sup>.

Una mención cabe hacer a las propuestas de reforma jurídica en materia de derechos de pueblos indígenas impulsadas por el Ejecutivo desde los informes de derechos humanos aquí referidos. Si bien es efectivo que el Ejecutivo presentó en mayo de 2005 al Congreso Nacional una propuesta de reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas en mayo de 2005, esta propuesta no fue previamente consultada con los pueblos indígenas y sus comunidades, como se había comprometido a hacerlo en el acuerdo suscrito ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las denunciantes *pehuenche* en el caso de Ralco. Por otra parte, dicha propuesta –que fuera rechazada por esta instancia como en ocasiones anteriores– no contenía ninguna referencia

---

26 Programa de Derechos Humanos, Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera, *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Lom. Ed, Santiago, 2003.

27 Orígenes, 2005.

28 CONADI, 2006.

a los derechos políticos, territoriales y culturales de naturaleza colectiva como sugiriera la CVHNT en su informe y el Relator Stavenhagen<sup>29</sup>.

Por otra parte, durante el 2005 el Ejecutivo presentó al Congreso dos proyectos de reforma jurídica relativos a pueblos indígenas; el primero, de carácter constitucional, con el objetivo de crear un territorio y estatuto especial para la administración de la Isla de Pascua, territorio de los *rapa nui*<sup>30</sup>, y el segundo, de carácter legal, con el fin de establecer un espacio marítimo costero para los pueblos originarios. El primer proyecto estaba lejos de acoger las demandas de autonomía de los *rapa nui* y las propuestas del Informe de la Comisión de Verdad Histórica en la materia, las que suponían el reconocimiento de la autonomía *rapa nui* en base a los contenidos del Acuerdo de Voluntades suscrito por sus jefes con el estado chileno en 1888. El proyecto relativo al espacio marítimo costero fue el producto de la demanda que durante años había sido formulada al Ejecutivo por parte de los *mapuche-lafkenche* y *huilliche* desde Arauco a Chiloé con miras al reconocimiento de sus derechos sobre un espacio territorial de uso ancestral del cual han sido crecientemente despojados. Esta iniciativa tampoco recogió muchas de las que fueran las demandas por ellos planteadas al Presidente Lagos en marzo de 2004 en la frustrada invitación que le hicieran a sus territorios costeros en el Lago Budi<sup>31</sup>.

---

29 Se reemplaza en el Artículo 1° de la CP el inciso final por el siguiente: “... *la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional*”.

30 Esta iniciativa pretende incorporar un nuevo artículo 115 bis en la Constitución Política con un párrafo referido a Disposiciones Especiales, que trate del Gobierno y Administración de los Territorios Especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández. El mismo pretende mandar al legislador orgánico constitucional para establecer las modalidades de gobierno y administración que configurarán los Estatutos Especiales que regirán para los referidos Territorios Especiales. Ello con el objeto de definir una estructura de administración más eficiente, sobre todo en su relación directa con el Gobierno central, eximiéndola del diseño tradicional. (Mensaje del Presidente Lagos, ingresado a tramitación legislativa en octubre de 2005).

31 El proyecto de ley presentado para estos efectos por el Ejecutivo al Congreso el 24 de agosto de 2005 (Mensaje 127-253) crea una nueva categoría jurídica denominada espacio marítimo costero de los pueblos indígenas. Dicho espacio deberá comprender una porción de agua y fondo, playa y terrenos de playas fiscales, que han sido utilizados por las comunidades indígenas ancestralmente, cuya delimitación se hará atendiendo por un lado el uso consuetudinario indígenas, y por otro, atendiendo al uso que se pretenda dar a él, pudiendo comprender entre estos, el resguardo de recursos. El Congreso finalmente aprobó en noviembre de 2007 la Ley que crea el espacio marítimo de borde costero de los pueblos originarios.



## LA “OTRA” POLÍTICA

En forma paralela al desarrollo de esta política sectorial, el gobierno de Lagos, lejos de poner freno a los proyectos de inversión privada en territorios indígenas que habían intensificado los conflictos en años anteriores en el sur del país, siguió otorgándoles su aval. Ello no obstante la oposición de los pueblos indígenas y las recomendaciones de los informes de derechos humanos antes referidos. La materialización de dichos proyectos fue posible debido a las insuficiencias de la legislación vigente para dar protección a los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales y para proteger el medio ambiente afectado por estos proyectos.

Esta “otra” política de la administración Lagos se evidenció en el territorio *mapuche* en el caso de la central hidroeléctrica Ralco, cuyo embalse fue llenado por ENDESA el 21 de abril de 2004, una semana después de que Lagos anunciara su política de nuevo trato, sin aviso previo a las comunidades *pehuenche*. Como consecuencia de la inundación anticipada de Ralco, fue destruido el cementerio indígena de Quepuca Ralco donde se encontraban enterrados medio centenar de antepasados de la comunidad, sin que el gobierno adoptara las medidas necesarias para evitar este acto evidentemente ilegal y delictuoso.

También en el caso Ralco, el gobierno de Lagos concluyó su mandato sin cumplir con muchos de los compromisos contraídos por el estado chileno el 2003 al suscribir un acuerdo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las cinco mujeres *pehuenche* que habían recurrido a esta instancia alegando la violación de sus derechos en el contexto de este proyecto, entre ellos la vida y la propiedad<sup>32</sup>. Si bien la comuna prevista en el sector Alto Bío Bío fue creada por ley, el gobierno no estableció los mecanismos acordados para la solución de los problemas de tierras de comunidades *pehuenche*, para el fortalecimiento del Área de Desarrollo Indígena Alto Bío Bío y para hacer posible la participación *pehuenche* en la administración de la

---

32 Dichos compromisos incluían, entre otros, el otorgar compensación material a las denunciantes, hacer restitución de tierras a los *pehuenche*, al fortalecimiento de la participación de los *pehuenche* en su propio desarrollo, y al impulso de procesos de entendimiento y diálogo con los pueblos indígenas para introducir una reforma constitucional para el reconocimiento de sus derechos y para la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Reserva Forestal Ralco. Tampoco se adoptaron medidas tendientes al desarrollo y preservación ambiental del área y no se dio cumplimiento cabal a las compensaciones acordadas con las mujeres denunciantes, todo lo cual fue informado por las denunciantes en una audiencia ante la CIDH en Washington DC en el mes de octubre de 2005.

La misma política fue reiterada en el caso *mapuche* en el aval otorgado por el estado a la empresa Aguas Araucanía S.A. para la construcción de 17 plantas de tratamiento de aguas servidas, todas ellas ubicadas en tierras de comunidades *mapuche* o tierras aledañas (las comunidades *mapuche* afectadas suman 42)<sup>33</sup>. También, pudo ser constatada en el respaldo otorgado por el Presidente a los planes de Celulosa Arauco de construir un ducto al océano Pacífico para la evacuación de sus desechos contaminantes en el que constituye el mar territorial de los *mapuche-lafkenche*.

De manera análoga, en el caso de los pueblos indígenas del norte del país (*aymara, quechua, lickanantay, coya y diaguita*), el gobierno siguió adelante con el respaldo a iniciativas de desarrollo mineras y geotérmicas ubicadas en sus comunidades o en sectores aledaños a ellas, que han resultado en la apropiación y/o contaminación de sus tierras y aguas ancestrales, amenazado sus frágiles economías agropastoriles, así como también resultado en la destrucción de sitios arqueológicos. Todo ello ha incidido en el desplazamiento de muchos de sus integrantes a las ciudades costeras, con grave impacto para sus culturas. Entre los hechos más graves ocurridos en este sentido, con posterioridad al impulso por el gobierno de su política de nuevo trato, cabe destacar:

- La pérdida de los derechos de aguas de los *lickanantay* en la cuenca del río Loa, como consecuencia de su monopolización por parte de diversas empresas mineras y también de empresas de agua potable;

---

33 Los proyectos para la instalación de estas plantas fueron ingresados el sistema de evaluación de impacto ambiental como Declaraciones de Impacto Ambiental y no como Estudios de Impacto Ambiental, como corresponde cuando existe presencia de grupos humanos aledaños. La proliferación de estos proyectos en territorio *mapuche* determinó la presentación por parte de organizaciones *mapuche* y de derechos humanos de una denuncia por racismo ambiental en contra del estado de Chile ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU.

- Los planes de explotación por parte de CODELCO-Chile y la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP) de los géiseres del Tatio –sitio patrimonial de las comunidades *lickanantay* de Toconce y Caspana– para producción de energía geotérmica, en circunstancia que durante el 2005 dicho espacio territorial fue otorgado por el estado a esta comunidades para su explotación turística;
- y la aprobación por parte de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región, contra la voluntad de las comunidades *diaguita* de Huasco Alto, del proyecto minero Pascua Lama, a través del cual la empresa Minera Nevada Ltda. (Filiat Barrick Gold Corporation) pretende explotar un yacimiento de oro localizado bajo los glaciares que dan nacimiento a las aguas que conforman el sistema hidrológico del río Huasco y sus afluentes, en la cuenca alta del río, donde se emplaza el territorio ancestral del pueblo *diaguita*<sup>34</sup>.

### CRIMINALIZACIÓN LA PROTESTA MAPUCHE

Paralelamente al desarrollo de los proyectos de inversión, y como forma de aplacar la reacción que estos provocaron en los pueblos indígenas, en particular en el pueblo *mapuche*, el gobierno de Lagos, siguió adelante con la criminalización de la protesta indígena.

En efecto, Lagos no solo promovió la reforma de la legislación antiterrorista para restringir los tipos penales amplios que esta sanciona, sino que la utilizó profusamente en contra de personas y organizaciones *mapuche*, contrariando lo afirmado en la respuesta de su gobierno al informe del Relator. Así, con posterioridad al anuncio de la política de nuevo trato el gobierno utilizó esta legislación para perseguir judicialmente, en distintas etapas procesales, a Víctor Ancalaf por su supuesta participación en actos que resultaron en la destrucción de maquinaria destinada a la construcción de la central Ralco en la

34 Resolución exenta N° 024, de 15 de febrero del año 2006, pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama a través de la cual se aprueba con condiciones el proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental el día 6 de diciembre de 2004.

zona de Alto Bío Bío; a 11 personas (10 de ellas *mapuche*) acusadas de incendio terrorista de los fundos Poluco y Pidenco, de propiedad de la empresa Forestal Mininco, y a 16 personas (15 de ellas *mapuche*) acusadas de pertenecer a una asociación ilícita terrorista.

Como consecuencia de estos juicios, en los que se utilizaron testigos protegidos, se mantuvo a los procesados en prisión preventiva por periodos prolongados, y se violaron muchas de las garantías procesales demandadas por el Relator Stavenhagen, fueron condenados por la justicia un total de siete personas, seis de los cuales eran *mapuche*, a penas de hasta 10 años y un día, y a indemnizaciones millonarias en favor de particulares afectados por la acción de los condenados<sup>35</sup>. Ellos vinieron a sumarse a la condena por parte del tribunal penal de Angol en septiembre de 2003, también a instancias del gobierno, de los *longko* Pascual Pichún y Aniceto Norín, a la pena de cinco años y un día por el supuesto delito de “amenaza de incendio terrorista”.

Posiblemente el caso más emblemático fue el de asociación ilícita terrorista, caso iniciado en octubre de 2004 en el cual el gobierno se hizo parte de la acusación fiscal en contra de los imputados *mapuche* de pertenecer a una organización de hecho que actuaba al amparo de la Coordinadora Arauco Malleco constituida con el fin de cometer ilícitos de carácter terrorista. Los acusados en este caso fueron sometidos a prisión preventiva de hasta un año y seis meses de duración, solicitándose en su contra penas de hasta 15 años y un día de prisión. No obstante la sentencia absolutoria dictada en este caso por el Tribunal Oral en lo penal de Temuco en noviembre de 2004, el juicio fue anulado en abril de 2005 por la Corte Suprema al acoger un recurso presentado para estos efectos por el Ministerio Público, los querellantes particulares y el gobierno. Cabe señalar que el tribunal que conoció de este nuevo juicio a que dio lugar la nulidad no solo dictó una nueva sentencia absolutoria a favor de los imputados *mapuche* en julio de 2005, sino que definió el terrorismo como un concepto que implica el “*desprecio a la vida humana, propia o ajena*”, disposición que a su juicio no habría

---

35 Los condenados por ley antiterrorista en este período incluyen a Juan Carlos Huenulao Lielmil, José Benicio Huenchunao Mariñan, Patricia Troncoso Robles, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Juan Carlos Marileo Saravia y Florencio Jaime Marileo Saravia, todos ellos por el delito de incendio terrorista, con una pena de 10 años y un día; y Víctor Ancalaf Llaue, condenado a cinco años y un día por el delito de lanzamiento de artefacto incendiario.

estado presente en la acción de los *mapuche* imputados en este y otros casos<sup>36</sup>.

Fue en el contexto de este caso que el gobierno reconoció la existencia de una estrategia de inteligencia, denominada “operación paciencia”, impulsada durante los últimos años en contra de los *mapuche* con el fin de desarticular a la Coordinadora Arauco Malleco, considerada por las autoridades como “*el grupo más violentista y al que se le atribuyen los peores atentados*”<sup>37</sup>.

Debe señalarse, además, en relación a los presos *mapuche* por legislación antiterrorista, autodenominados presos políticos *mapuche*, que el gobierno de Lagos no consideró, al menos públicamente, la petición formulada por el Relator Stavenhagen en su informe en el sentido de estudiar una amnistía en favor de los defensores de derechos indígenas procesados por realizar actividades de defensa de las tierras indígenas.

Todo lo anterior contrasta con la indiferencia con la que el gobierno del Presidente Lagos actuó frente a los delitos –lesiones graves, homicidio, etc. protagonizados por agricultores y por funcionarios policiales en contra de personas *mapuche* en el marco de los conflictos territoriales que ocurrieron en el sur del país en este período. Un grave ejemplo de lo anterior fue el del joven *mapuche* de 17 años Alex Lemún, quien falleciera a consecuencia de un proyectil disparado por un mayor de Carabineros. No obstante la identificación del funcionario policial, el gobierno no persiguió su responsabilidad ante el tribunal militar que conoció de la causa, ni tampoco solicitó su retiro de la institución de Carabineros. Todo ello contribuyó a que el crimen de Alex Lemún permaneciera hasta el fin de la administración Lagos –y hasta la fecha– en la impunidad.

36 Sentencia del Tribunal Oral en lo penal de Temuco, 27 de julio de 2005, considerando No 12.

37 Reconocimiento hecho por el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, en “Gobierno avala condena a *mapuches*”, *El Mercurio*, 22 de agosto de 2004.

## EL GOBIERNO DE BACHELET

La presidenta Bachelet no mostró, al menos en su primer año de gobierno, indicios de cambios sustanciales en su política hacia los pueblos indígenas, ni voluntad de recoger las recomendaciones del Relator Especial. Por el contrario, su administración no solo mantuvo las indefiniciones que fueran características de la política de su antecesor en La Moneda en la materia, sino también, las contradicciones entre el discurso y la práctica. Cabe recordar que siendo candidata Bachelet se comprometió a que durante su gobierno tendría presente el informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato a los Pueblos Indígenas, así como el del Relator de la ONU para los derechos indígenas sobre Chile, ambos de 2003<sup>38</sup>. Reiterando sus compromisos electorales la presidenta Bachelet, con ocasión de la celebración del año nuevo indígena, señaló en La Moneda en junio de 2006: *“Queremos un país cada vez más participativo, digno y justo para todos. Y también, por cierto, para los pueblos indígenas, para nuestros pueblos originarios. Un país inclusivo, sin discriminaciones”*.

Lamentablemente las actuaciones de los entes públicos en relación a los pueblos indígenas en lo que va corrido de su mandato han estado muy lejos de orientarse por estos lineamientos. Por el contrario, tales actuaciones nos hacen pensar que estos pueblos y sus derechos, o bien siguen siendo ignorados por las autoridades, o están subordinados a otras políticas que resultan prioritarias para la agenda gubernamental.

En el plano jurídico, a pesar de los anuncios no se ha otorgado la urgencia demandada por los pueblos indígenas al proyecto para la ratificación del Convenio 169 de la OIT, convención internacional cuya aprobación por el Senado sigue pendiente. Tampoco hay avances en lo que dice relación con la reforma de la Constitución para el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos. La urgencia otorgada por el Ejecutivo a esta iniciativa durante el primer semestre de 2006 debió retirarse luego de que las autoridades se percataran de que el texto del proyecto sobre el cual recaía dicha urgencia, lejos de permitir tal reconocimiento, lo impedía. Ello, dado que el texto aprobado por la Cámara de Diputados a la fecha rezaba: *“La nación chilena es una e indivisible.”* El párrafo alusivo a los

---

38 Compromiso por los Pueblos Indígenas, Nueva Imperial, a 6 de enero de 2006, disponible en internet en [www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl).

pueblos indígenas y a sus derechos, a pesar de sus insuficiencias a la luz del derecho internacional, no había sido aprobado por la Cámara.

En cuanto a la labor impulsada por la CONADI, esta se ha visto seriamente dificultada por las dinámicas partidarias que persisten en su interior, así como por la influencia que ejercen en sus decisiones los dirigentes indígenas que integran su Consejo nacional. Cabe señalar que estos últimos, más que abogar por las demandas más sentidas y urgentes de los pueblos indígenas y de sus movimientos, se han convertido en mediadores de los intereses de los sectores que representan, muchas veces en desmedro de los derechos de otros sectores indígenas. Ello se ve reflejado en el Fondo de Tierras, donde dicho Consejo nacional, a instancia de los representantes indígenas, ha favorecido la adquisición de predios para sectores cuyas reclamaciones de tierras son dudosas, en desmedro de las comunidades que las reclaman por ser parte de su territorio ancestral, creando serios conflictos en este caso, al interior del pueblo *mapuche*. De este modo, aunque el incremento del presupuesto de esta entidad previsto para el 2007 resulte valorable, no queda claro cómo CONADI, con las limitantes antes señaladas, favorecerá los procesos de reconstrucción territorial en que hoy están empeñados los pueblos indígenas.

Dudas semejantes surgen de la anunciada segunda etapa del Programa Orígenes, iniciativa que de no ser reestructurada con criterios profesionales y con la participación activa de los pueblos indígenas, seguirá favoreciendo el clientelismo y la cooptación indígena, como ocurrió en su primera etapa de acuerdo a los análisis de diversos sectores, incluyendo el propio BID, que financia en parte este proyecto.

Otro de los planos en que la acción gubernamental no ha sido congruente con los compromisos y la retórica presidencial –de participación, dignidad, no discriminación, etc.–, y con las recomendaciones del Relator Especial, es el que dice relación con el sistemático respaldo otorgado por las instancias públicas encargadas de la aprobación de proyectos de inversión a aquellas propuestas privadas o públicas a ser ejecutadas en territorios de propiedad o en reclamo por los pueblos indígenas.

Así, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Atacama, bajo la actual administración, rechazó el recurso de

reclamación presentado por la comunidad *diaguita* de Huasco Alto en contra de la resolución que la misma entidad había dictado aprobando el segundo Estudio de Impacto Ambiental del polémico proyecto Pascua Lama, de la compañía canadiense Barick Gold. La reclamación desestimada por la COREMA impugnaba el proyecto en razón de su emplazamiento en tierras ancestrales indígenas y de sus implicancias ambientales (recordemos que el proyecto consideraba la remoción de los glaciares que alimentan el río Huasco que sustenta la economía de los *diaguita*, remoción que aunque no fue aprobada en definitiva por la COREMA, no elimina los riesgos de contaminación de sus aguas).

En el invierno de 2006 el gobierno, también a través de la COREMA, esta vez de la Región de Los Lagos, dio su respaldo a la empresa CELCO para que esta siguiese adelante con los estudios para la construcción de un ducto para verter al mar los desechos de su planta de celulosa en Valdivia, en las aguas costeras de las que viven los *mapuche lafkenche*. Ello a pesar de sus peticiones y movilizaciones para evitar que ello sucediera.

En la Araucanía, además de respaldar la construcción de 17 plantas de tratamiento de aguas servidas, la mayoría de las cuales se realizan sin estudios de impacto ambiental (salvo la de Villarrica por resolución de la Corte Suprema frente a recursos de protección de la comunidad), la COREMA aprobó, bajo la presión del Intendente regional, la construcción de un nuevo aeropuerto en la localidad de Quepe. Dicho aeropuerto se emplaza en un área rodeada de comunidades *mapuche*, las que al igual que las autoridades del Municipio de Freire en que se emplaza el proyecto y varios consejeros regionales, lo han rechazado y han exigido que se estudien otras áreas para su emplazamiento.

La aprobación gubernamental de estos proyectos en territorios indígenas, constituye una demostración de que el desarrollo productivo sigue constituyendo para el gobierno de Bachelet una prioridad que está por sobre los pueblos indígenas y que no se está dispuesta a negociar.

En el plano de los derechos individuales, la Presidenta, luego de una larga huelga de hambre que los presos *mapuche* por ley antiterrorista realizaran a inicios de su mandato, manifestó su decisión de no seguir aplicando dicha legislación en contra de los *mapuche* para perseguir sus acciones de protesta vinculadas a sus reclamaciones de tierras,



como lo había hecho el presidente Lagos. Sin embargo, las iniciativas impulsadas por parlamentarios de la Concertación, y por el propio Ejecutivo con miras a posibilitar la libertad de quienes se encuentran cumpliendo condena por cargos de terrorismo, no han tenido éxito a la fecha, por lo que esta demanda indígena en esta materia sigue sin respuesta.

En un ámbito relacionado, una práctica que ha seguido inalterada bajo la administración Bachelet, es la que dice relación con los abusos que los agentes del estado siguen cometiendo en contra de integrantes de comunidades indígenas que se encuentran en conflictos con proyectos de inversión, o con propietarios no indígenas. Todas las informaciones existentes dan cuenta de que tales abusos, lejos de desaparecer, se han intensificado el último año, siendo estos cada vez más graves, y poniendo en riesgo la vida y la integridad física de integrantes de comunidades, incluyendo entre ellas a mujeres, ancianos y niños. El caso más dramático es el de la comunidad de Temucuicui, en la comuna de Ercilla, la que fue allanada siete veces el 2006. Las órdenes de detención que pesan sobre varios de los integrantes de esta comunidad por diversas acciones delictivas que se les imputan, entre ellas la agresión en contra del ex Director de CONADI Jaime Andrade, hecho por cierto condenable, no pueden justificar, en caso alguno, al menos en un estado de derecho, el actuar abusivo e impune de la policía.

La muerte del lonko *mapuche* Juan Collihuín, de 71 años de edad, y las lesiones a bala provocadas a sus dos hijos Juan y Emilio Collihuín en agosto de 2006, como consecuencia de la actuación –sin orden judicial– de carabineros al interior de un predio de propiedad de la víctima en la comuna de Nueva Imperial, por una investigación en un caso de abigeato, y sin que mediara resistencia alguna, constituye otro ejemplo de abuso policial ocurrido bajo la administración de Bachelet que a la fecha sigue impune.

Las denuncias de abusos policiales cometidas en contra de personas indígenas que han sido realizadas a las autoridades de gobierno, incluyendo entre ellas al Ministro del Interior, no han sido siquiera respondidas. Los hechos no han sido investigados, ni menos castigados, lo cual no solo genera frustración en las comunidades afectadas y en los pueblos indígenas en general, sino que determina que quienes los han

perpetrado se sientan autorizados para volver a realizarlos, cada vez con más violencia, como de hecho ha ocurrido.

Finalmente, en los últimos meses de 2006 las organizaciones de pueblos indígenas y de derechos humanos que han venido desarrollando una labor de defensa de derechos del pueblo *mapuche* frente a su violación por el estado, han sido objeto de actos de hostigamiento, con la completa indiferencia, y por lo mismo complicidad, de las autoridades de gobierno. Así por ejemplo, la sede de la organización *mapuche* Consejo de Todas las Tierras en Temuco fue objeto de un asalto nocturno por desconocidos en noviembre de 2006. En la ocasión desconocidos sustrajeron de dicha sede los computadores con que contaban para el desarrollo de sus actividades, sin que los autores se llevaran otros bienes de valor allí existentes, y sin que las denuncias realizadas por esta organización a la policía y a las autoridades hayan permitido identificar a los responsables. Un hecho similar ocurrió en diciembre, cuando desconocidos entraron haciendo uso de fuerza a las oficinas del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas en Temuco, en momentos en que estas se encontraban desocupadas, procediendo a sustraer los discos duros de los seis computadores con que esta entidad desarrolla su trabajo de documentación. Al igual que en el caso anterior, dejaron en dicha oficina otros objetos de valor, tales como impresoras y centrales telefónicas, dejando en evidencia la intencionalidad del robo.

Se trata de hechos graves que afectan seriamente la labor de defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas, labor que el estado chileno se encuentra obligado a respetar en virtud de la Declaración de la ONU sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1999.

Todos estos hechos son demostrativos de que el gobierno de Bachelet tampoco se ha hecho eco de las recomendaciones del Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas.

## **LA RESPUESTA Y ACTUACIÓN DE OTROS ACTORES**

El informe del Relator interpela no tan solo al estado de Chile, sino también al sistema de Naciones Unidas, a las organizaciones de pueblos

indígenas, a las entidades de derechos humanos y académicas. Ello además de los medios de comunicación.

Particularmente relevante ha sido la acción impulsada por las organizaciones de pueblos indígenas a objeto de exigir la materialización de la instancia de diálogo propuesta por el Relator a objeto de que se identificara las maneras en que el sistema de la ONU contribuiría a la puesta en práctica de las recomendaciones de su informe. En agosto de 2004 un grupo de organizaciones *mapuche*, *aymara* y *rapa nui*, lideradas por el Consejo de Todas las Tierras, enviaron a la Alta Comisionada, Sra. Louise Arbour, una carta en que le solicitaban su cooperación para estos efectos<sup>39</sup>. En la misma carta le manifestaban su disposición para dialogar con el gobierno de Chile y otras partes interesadas para con este objetivo.

La petición de las organizaciones de pueblos indígenas fue acogida positivamente por la Alta Comisionada en noviembre de ese año. En atención a ello y al mandato encomendado por esta Oficina de la ONU a su Representante para América Latina y el Caribe, Sr. Roberto Garretón, a objeto de dar inicio al diálogo propuesto por el Relator, las organizaciones de pueblos indígenas solicitaron su intervención en este proceso.

Fue en este contexto que dicho representante viajó a Temuco en octubre de 2004 donde se reunió con representantes de organizaciones *mapuche* que fueron convocados por la Fundación Instituto Indígena, organización dependiente del Obispado de Temuco de la Iglesia Católica. Más tarde, en abril de 2005 participó en la misma ciudad en un Seminario sobre el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas convocados por la misma Fundación y por MIDEPLAN. En dichas actividades, sin embargo, no participaron los representantes de organizaciones de pueblos indígenas que habían recurrido a la Alta Comisionada, por no considerarlas conducentes para la generación de la instancia de diálogo propuesta por el Relator<sup>40</sup>.

39 La carta fue suscrita también por el Programa de Derechos Humanos del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera.

40 Dichas organizaciones cuestionaron la convocatoria de terceros, incluyendo al gobierno, en un proceso que ellas habían promovido.

En abril de 2006 las mismas organizaciones enviaron a la Alta Comisionada una nueva comunicación dando cuenta del incumplimiento por el estado chileno de las recomendaciones del Relator y reiterando su disposición al diálogo. A pesar de ello, dicho diálogo nunca llegó a concretarse. Ello en gran medida estuvo determinado por la falta de disposición del gobierno de Lagos a reconocer las violaciones de derechos de pueblos indígenas constatadas por el Relator en su informe, y a dar acogida a sus recomendaciones, en particular aquellas relacionadas con el tratamiento judicial y policial dado a los *mapuche* en el sur del país. Ello además de la falta de determinación de la representación de la Oficina del Alto Comisionado para América Latina de la época, para jugar un rol más activo para con este objetivo.

En atención a esta realidad, y a la respuesta del Alto Comisionado a la carta de las organizaciones indígenas en la que esta Oficina les informa del establecimiento de un programa de trabajo del Relator, con su apoyo, para dar seguimiento a la implementación de sus recomendaciones<sup>41</sup>, es que a mediados de 2006 las mismas organizaciones, junto a personalidades y entidades de derechos humanos<sup>42</sup>, enviaron una nota al Relator invitándolo a visitar Chile a objeto de que evaluase el cumplimiento sus recomendaciones por el estado de Chile. Tales gestiones incidirían más tarde en la propuesta por la Oficina del Alto Comisionado para América Latina de un proceso de consulta que involucrase a pueblos indígenas, estado y sociedad civil relativo al cumplimiento de las recomendaciones del Relator Especial<sup>43</sup>.

Una importante labor de monitoreo relativa al cumplimiento de dichas recomendaciones ha sido realizada también por los organizaciones de derechos humanos y entidades académicas. Dicho monitoreo se ha centrado preferentemente en el fenómeno que el Relator identificó como la criminalización de la protesta social *mapuche*.

---

41 Respuesta de Ibrahim Wani, Jefe Unidad de Investigación y Derecho al Desarrollo del Alto Comisionado en Ginebra, 13 junio 2006.

42 Juan Guzmán, ex Juez de la República, y José Aylwin, Codirector del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

43 Dicho proceso, sin embargo, no llegó a concretarse. Ello en razón de que el gobierno de Bachelet logró involucrar en julio de 2008 al Sistema de Naciones Unidas en Chile en un convenio de trabajo conjunto para el respaldo a la implementación de la iniciativa “Reconocer: Pacto social por la multiculturalidad” anunciada por la Presidenta en abril del mismo año, postergando con ello indefinidamente el desarrollo del proceso de consulta.

Destacan en este sentido el informe elaborado el 2004 por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas junto a Human Rights Watch sobre la situación de los *mapuche* ante la justicia. Dicho informe dio cuenta de las graves violaciones a los derechos de los *mapuche* generados por la utilización de la ley antiterrorista frente a los conflictos por tierra; de las situaciones de maltrato físico y trato degradante por parte de agentes del estado y de aquellas producidas por la jurisdicción que ejercen los tribunales militares sobre los civiles *mapuche* acusados de cometer actos de violencia en contra de la policía. En el informe se sugiere al gobierno, entre otras cosas, acatar la recomendación del Relator de evitar la criminalización de las legítimas actividades de protesta o demandas sociales de los pueblos indígenas<sup>44</sup>.

Otro aporte en este sentido fue el informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos relativo a la política penal y al pueblo *mapuche*. Tal informe fue el resultado de una misión llevada a cabo en julio de 2005 en el marco del Observatorio para la Protección de los Defensores de los Derechos Humanos, misión que fue motivada y tuvo como contrapartes en Chile a la Coordinación de Organizaciones e Identidades Territoriales *Mapuche* y a la Corporación de Defensa de Derechos del Pueblo (CODEPU), y contó con el apoyo del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas de la Universidad ARCIS.

En él se analizan los procesos judiciales que condujeron a la condena de nueve personas *mapuche* bajo la Ley Antiterrorista en el periodo 2003-2004, concluyendo que en ellos el estado chileno violó las garantías a un juicio justo y al debido proceso. El informe constata que el estado chileno no ha dado cumplimiento a las recomendaciones del Relator, instándolo a que las asuma<sup>45</sup>.

---

44 Human Rights Watch y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, *Indebido Proceso. Los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*, 2004. Disponible en [www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl). El Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas sucede a contar del 2004 el trabajo realizado por el Programa de Derechos Indígenas del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de La Frontera de Temuco, el que debido a la censura de las autoridades universitarias, no pudo seguir desarrollando su trabajo dentro de esa casa de estudios.

45 Federación Internacional de Derechos Humanos, *La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático*, 2006, disponible en internet en [www.fidh.org](http://www.fidh.org).

A estos informes se suma la labor permanente de monitoreo y denuncia de las situaciones de violación de derechos de pueblos indígenas que han venido realizando los movimientos indígenas<sup>46</sup>, los medios de prensa electrónicos indígenas<sup>47</sup>, así como la labor desarrollada por las organizaciones de derechos humanos<sup>48</sup>. Las denuncias de estas entidades frente a situaciones violatorias de derechos indígenas motivaron la actuación del Relator ante el gobierno chileno. Destacan en este sentido su intervención, a petición de dichas organizaciones, en el caso del juicio seguido en contra de dirigentes *mapuche* por asociación ilícita terrorista el año 2005, y frente a la huelga de hambre de más de 60 días que los presos *mapuche* realizaron el 2006 a los que antes nos refiriéramos.

La interpelación permanente de las organizaciones de pueblos indígenas y no gubernamentales a los actores políticos sobre la necesidad de que el estado chileno diese cumplimiento a las recomendaciones del Relator, fue determinante en el reconocimiento explícito que en el acuerdo suscrito por Bachelet con las organizaciones indígenas en Nueva Imperial en enero de 2006 se hizo del informe del Relator Especial y de la necesidad de tenerlo presente en la definición de las políticas de su gobierno en la materia.

En cuanto a los medios de comunicación –incluyendo entre ellos la radio, los diarios, la prensa escrita y la televisión–, con muy pocas excepciones, estos lamentablemente siguieron difundiendo una visión parcial de la realidad que enfrentan los pueblos indígenas en Chile, invisibilizando los graves problemas que viven sus comunidades afectadas por proyectos de inversión, estigmatizando en muchos casos su protesta social, caracterizándola como violentista o terrorista, desoyendo claramente las recomendaciones del Relator Especial por dar una cobertura balanceada de los conflictos que les involucran<sup>49</sup>.

---

46 Destaca en este sentido la labor desarrollada en el sur por la Coordinación de Organizaciones e Identidades Territoriales *Mapuche* y en el norte por el Consejo *Aymara* Autónomo.

47 Cabe destacar entre ellos el Informativo *Mapuche* Mapuexpress [www.puexpress.net](http://www.puexpress.net) y el Periódico *Mapuche* Azkintuwe [www.nodo50.org/azkintuwe](http://www.nodo50.org/azkintuwe).

48 Entre ellos cabe mencionar al Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas de la Universidad ARCIS, a la Fundación Instituto Indígena del Obispado de Temuco y al Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

49 Un completo análisis sobre el tratamiento de los medios de comunicación a la realidad

## CONCLUSIONES

Lamentablemente las recomendaciones formuladas por el Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas en su informe de misión a Chile nunca llegaron a implementarse. Ello en gran medida debido a la falta de voluntad de los gobiernos de los presidentes Lagos y Bachelet, los que más allá de la retórica, nunca llegaron a considerarlas seriamente como orientadoras de su accionar en relación con los pueblos indígenas. Ello estuvo determinado por la prioridad que ambas administraciones han dado a la expansión de las inversiones extractivas y de la economía global hacia los territorios indígenas, ricos en recursos naturales, por sobre el respeto y la materialización de los derechos de los pueblos indígenas a los que formalmente han adherido. La protesta social indígena en este contexto se ha transformado en un estorbo, y por lo mismo fue criminalizada por el propio estado. Lamentablemente los pueblos indígenas, los organismos de derechos humanos, las entidades académicas, así como el propio sistema de derechos humanos interpelados por el Relator en su informe para coadyuvar en la implementación de sus recomendaciones, no han tenido la fuerza suficiente para hacer oír su voz, y para lograr que tales recomendaciones pasasen a orientar el accionar del estado en la materia. A ello estuvieron lejos de contribuir los medios de comunicación, los que como sabemos en Chile están ligados o al sector empresarial en conflicto con los pueblos indígenas, o al propio estado. Tales medios han contribuido a la estigmatización de sus comunidades, avalando de esta materia la actuación represiva de la fuerza pública, y la discriminación por la población hacia los pueblos indígenas en general.

Con todo, el informe del Relator Especial fue una gran contribución a la generación de conciencia en la sociedad chilena sobre la crítica realidad de los pueblos indígenas y de las relaciones interétnicas en Chile.

---

de los pueblos indígenas es dado por Paulina Acevedo en el libro *El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el "nuevo trato": Las paradojas de la democracia chilena*, Yáñez, Nancy y Aylwin, José; eds., Lom Ed., Santiago, 2007.

## GLOBALIZAR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*PEDRO CAYUQUEO<sup>1</sup>*

No soy dirigente mapuche, soy miembro de ese pueblo, que es un pueblo milenario que está en el Cono Sur de América. Soy periodista y coordino una red de trabajo con varios miembros que están acá hoy, de Argentina y Chile, y entiendo que en esa calidad estoy invitado a plantear algunas reflexiones respecto de este seminario. También formo parte de la Red Chile País Multicultural, que es un esfuerzo de distintas organizaciones ciudadanas, civiles, sociales, que están planteando la posibilidad de que comencemos a pensarnos como un país multicultural. Para la gente de otros países debe ser muy difícil entender que este estado sea tan negador de su diversidad, pero es así. Por ello es que esta red impulsa iniciativas que son tendientes a que comencemos a reconocernos en nuestras diferencias pero respetándonos.

Se ha hablado en la mañana respecto de la globalización, que es el gran tema que convoca a este seminario y que está ligado al tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Quienes hacemos comunicación sabemos, quizá mejor que nadie, que sin el avance de las tecnologías, sin esa globalización tecnológica de las comunicaciones que hoy día se dimensiona mucho, sería imposible el avance de las empresas transnacionales, sería imposible el avance de las corporaciones, sería imposible el avance de los acuerdos de libre comercio, por ejemplo. Por tanto, conocemos de primera fuente ese

---

1 Periódico Azkintuwe.



tipo de globalización que nos quieren vender. José Aylwin hablaba en la mañana, en su intervención inaugural, que cuando se habla de globalización se nos presenta solamente ese tipo de globalización, que puede ser económica, puede ser cultural, y que el Juez Guzmán la retrataba muy lúdicamente refiriéndose a la cultura estadounidense y a cómo ella nos llena de elementos ajenos a nuestros patrones culturales propios.

Sin las herramientas de la globalización económica y tecnológica difícilmente los mercados podrían invadir nuestro territorio y violar nuestros derechos, coludidos con los estados.

Sin embargo hay otra globalización, que es la que a mí me convoca a estar aquí hoy y creo que es la que convoca el espíritu de este encuentro, que tiene que ver con cómo nosotros somos capaces de globalizar también la resistencia, cómo nosotros somos capaces de globalizar también la defensa de los derechos humanos.

El Juez Guzmán, que nos acompañó en la mañana, es quizá para los chilenos y para los mapuche que vivimos en Chile, el ejemplo más claro de cómo la globalización de los derechos humanos permitió que el anciano dictador fuera juzgado, fuera llevado a tribunales. Eso no hubiera ocurrido en Chile si no hubiese sido por la globalización de los derechos humanos, y por la utilización de instrumentos internacionales, que condenan el genocidio, condenan la desaparición de personas y condenan la tortura. Por tanto, debemos ser capaces de distinguir esos dos ámbitos de la globalización y muchos más que puedan haber, y darnos cuenta de que son herramientas bastante útiles.

Quisiera compartir dos o tres puntos. Primero, plantear a la gente aquí presente, que en su mayoría no son de acá, de este territorio, hermanos de los distintos pueblos indígenas, la sorpresa que se genera cuando se toma conocimiento del escaso reconocimiento que existe en Chile respecto de los derechos indígenas. Segundo, que la globalización de los derechos humanos avanza en el concierto internacional, y que Chile, fiel a su condición de país provinciano, condición que tiene desde la colonia, parece que desconociera ese proceso, y más aún, parece que fuera a contracorriente de ese proceso. Y tercero, en este mismo sentido, sorprenderá saber a los hermanos de otros pueblos que Chile es quizás el único país a nivel continental –los abogados me podrán

corregir si es que estoy equivocado— que no ha reconocido la existencia de los pueblos indígenas que habitamos este territorio. Es uno de los pocos países latinoamericanos que teniendo población indígena en su territorio no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT. Por tanto, lo que para muchos es una realidad, son instrumentos que están utilizando, bien, medianamente bien, o medianamente mal, acá en Chile no existe. Y eso creo que marca una gran diferencia respecto de la realidad a la que nos enfrentamos nosotros, como mapuche u otros hermanos como los *lickanantay*, como los *aymara*, a la que enfrentan también otros hermanos de otros pueblos o países del continente.

Pero mientras Chile, en este ámbito de la violación de los derechos humanos, pareciera ser el país o el estado que es el ejemplo de la antiglobalización, porque se acusa mucho a los indígenas que somos globalifóbicos. Pero yo creo que Chile es el país más globalifóbico del mundo en temas de derechos indígenas. Y me encanta que esté aquí un representante de la CONADI porque yo creo que permite también el debate y permite que nos digan qué pasa en ese ámbito.

Mientras Chile se plantea en los foros internacionales, en espacios como las Naciones Unidas, en espacios como el Foro Permanente o como el Grupo de Trabajo de poblaciones indígena como el país más globalifóbico, los indígenas —que supuestamente somos globalifóbicos— estamos en todos esos espacios, y estamos aportando, estamos proponiendo, estamos postulando, estamos haciendo *lobby* internacional. Y ¿para qué? Para que esa globalización llegue a nuestros territorios. En ese sentido muchos dirigentes mapuche, que hoy día algunos están presentes acá, han hecho esfuerzos durante décadas para que esa globalización cruce la cordillera de los Andes y llegue a este territorio.

En las últimas décadas se han abierto a nivel internacional una serie de espacios de participación, y en este ámbito está esta globalización que es la que a mí me interesa comentar. Está el espacio que comentaba el doctor James Anaya en Naciones Unidas, están los espacios que se están abriendo a nivel interamericano, espacios que han sido ocupados de manera constante y creciente por parte de nuestros pueblos, nuestros delegados indígenas y representantes de organizaciones, y esa es una participación que ha dado su fruto. El decenio de los pueblos indígenas decretado por la ONU a comienzos de los 90, si bien es cierto fue

bastante traumático para mucha gente que participó de ese proceso por el escaso nivel de avance, por la escasa recepción de los estados respecto de las demandas de los pueblos indígenas, hoy día nos tiene en Nueva York votando un proyecto de declaración de los derechos de los pueblos indígenas a nivel universal. Yo creo que es un gran avance que se ha logrado en ese espacio de participación.

El hecho que del año 92 a la fecha estemos casi a 20 años del inicio de ese proceso, da cuenta de que tampoco son concesiones de los estados, tampoco son concesiones del sistema internacional. Aquí ha habido una lucha titánica de muchos dirigentes, muchas veces con la incomprensión de sus mismos pueblos. Creo que eso nosotros tenemos que empezar a valorarlo y a reconocerlo.

### **Desafíos y perspectivas**

Escuchaba en la mañana atentamente, y tomé apuntes respecto de algunas intervenciones, especialmente la intervención de la hermana de Perú, que planteaba sus dudas o sus temores respecto de si estos instrumentos internacionales, esta aparente confianza excesiva en los organismos que tienen los estados a nivel mundial, constituye o no un camino, constituye o no un espacio que sea efectivo para defender nuestros derechos. Yo creo que Miguel de Unamuno, este gran escritor y una de mis lecturas favoritas, nos dejó a nosotros un gran mensaje. Miguel de Unamuno cuando hablaba del rol del escritor, o del intelectual, él decía ‘que el verbo y que las palabras no mueran en los libros’, que el verbo y las palabras puedan ser leídos por cientos de personas, puedan hacerse carne en la gente, que no se apolillen en bibliotecas, que no se apolillen en centros de estudios, que no se apolillen en librerías. Yo creo que acá el desafío que tiene el movimiento indígena internacional, el movimiento mapuche en particular en Chile, es cómo hacer que este tipo de conquistas –las convenciones, los tratados, las declaraciones– no se apolillen en seminarios, en centros de estudios, en bufetes de abogados ambientalistas, en bufetes de abogados indigenistas. Cómo hacer que esos tratados, esas declaraciones, esas convenciones, sean utilizados como herramientas para hacer política por los movimientos indígenas, porque ellos son los llamados, las organizaciones sociales, políticas, a exigirle a los estados, a través de la movilización social, de la lucha, que se implementen ese tipo de mecanismos.

Yo creo que por ahí se responde a las dudas que mucha gente tiene respecto de si estos espacios son dignos o no de utilizar.

Yo creo que es un desafío que tenemos y estos espacios donde se logran reunir académicos, donde se logran reunir estudiosos de la legislación internacional, donde se logran reunir dirigentes sociales, dirigentes indígenas, que van a estar comentando durante el transcurso de la tarde y mañana experiencias de conflictos que tienen en sus territorios, van a generar un diálogo, una conversación, que va a permitir que salgamos adelante con este proyecto que para mí es, y como lo dijo muy bien el Doctor Anaya, generar una sociedad, un país, un planeta más justo y solidario para todos, indígenas y no indígenas.

Muchas gracias.

## ÁREAS PROTEGIDAS Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. DESAFÍOS PARA EL CONTEXTO CHILENO

*Ximena Cuadra*<sup>1</sup>

### RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo plantear una serie de problemáticas en relación a áreas protegidas y derechos de los pueblos indígenas. Internacionalmente se viene desarrollando una importante discusión para superar lo que hasta hace pocos años era una suerte de tensión más que de vinculación entre estas materias y los distintos actores involucrados, a saber, pueblos indígenas, organizaciones conservacionistas, ONG, Estados y organismos nacionales especializados, por nombrar algunos, lo cual genera, a nuestro parecer, una serie de aprendizajes para el contexto chileno. A la luz de la constatación de una serie de conflictos que viven hoy comunidades indígenas del sur de Chile ubicadas en territorios donde se emplazan áreas silvestres protegidas, analizamos y confrontamos perspectivas desde un ámbito de reflexión que a nuestro parecer viene también a contribuir al marco general de globalización de los derechos humanos.

---

1 Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas.

## ÁREAS PROTEGIDAS, DE LA EXCLUSIÓN AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las áreas protegidas, que han sido creadas para la preservación de la biodiversidad, se han establecido en algunos casos en tierras o territorios de los pueblos indígenas sin el consentimiento ni la participación de los pueblos afectados, situación hoy reconocida por los organismos internacionales asociados a esta temática. Estas son definidas como:

*“Una superficie de tierra y/o mar especialmente consagrada a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, así como de los recursos culturales asociados, y manejada a través de medios jurídicos u otros medios eficaces”<sup>2</sup>.*

Sin embargo, esta categoría ha tenido una amplia maduración en lo que podemos denominar la historia de la conservación de la naturaleza y los modelos de áreas protegidas, la cual comienza con los Parques de Yosemite y Yellowstone, en la segunda mitad del siglo XIX en Estados Unidos de Norteamérica, los que se asentaron sobre territorios de los pueblos Miwok y Shoshone, luego de un proceso de ocupación militar, diseminando y popularizando la ideas de preservación de la naturaleza rápidamente alrededor del mundo<sup>3</sup>. Muchos de los parques y otras categorías de Áreas Protegidas han sido generados sobre territorios usurpados mediante ocupación militar, como es el caso de los parques en territorio mapuche en Chile y Argentina.

Queda claro, entonces, que los primeros modelos de Áreas Protegidas (AP) se fundaron en ideas proteccionistas que desestimaron las necesidades y los derechos de los pueblos indígenas y/o de comunidades locales, imponiendo el uso elitista del suelo y promoviendo la enajenación de las tierras a favor de los estados nacionales. En este contexto histórico se impuso en América Latina, a partir de la década del 30, un modelo de reserva sin gente, recurriendo a severas restricciones en relación al uso, desplazamiento y expulsión de los pobladores. Se considera que esta opción aislacionista era la pertinente para salvar estas islas de manejo, de la vorágine del desarrollo. Se evalúa, posteriormente, que este

---

2 UICN, 1994.

3 Carpinetti, 2004.

esquema resultaría ineficaz para alcanzar el sentido de conservación, al obviar las dinámicas socioeconómicas del entorno regional en el cual se emplazaron estos espacios. La única actividad permitida en estos territorios sería el turismo, con lo cual muchos pueblos cazadores y recolectores serían relocalizados de sus tierras ancestrales, declaradas parques, hacia otras tierras<sup>4</sup>.

Cabe señalar, sin embargo, que en algunos países las leyes que obligaban a la relocalización forzada de población desde su interior, no fueron aplicadas. Se estima que en Sudamérica el 86 por ciento de las áreas protegidas están habitadas o usadas por poblaciones aledañas, que los pueblos indígenas son residentes en el 30 por ciento de las áreas protegidas de América Central, habitando el 85 por ciento de dichas áreas<sup>5</sup>.

Es a principios de los años setenta cuando comienza a cambiar la visión de los conservacionistas con respecto a la relación entre comunidades locales y conservación de la naturaleza. El programa Hombre y la Biosfera MAB, de la UNESCO, comenzó a promover la creación de Zonas de Amortiguamiento entre áreas estrictamente protegidas y asentamientos humanos, a fin de satisfacer las necesidades y aspiraciones de las comunidades locales. En 1975, la UICN, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza<sup>6</sup>, que ha tenido un rol central en la revisión de los modelos de conservación hasta hace poco dominantes, replanteando la relación entre áreas protegidas y comunidades humanas, en general, y pueblos indígenas, en particular<sup>7</sup>, aprobó por primera vez una resolución reconociendo el valor y la importancia de los estilos tradicionales de vida y las habilidades del pueblo que le permite vivir en armonía con su medio ambiente. La resolución también recomendaba que los gobiernos mantuvieran y alentaran los estilos tradicionales de vida e implementaran medios por los cuales los indígenas puedan incorporar sus tierras en áreas de conservación sin renunciar a sus derechos de propiedad,

---

4 Aylwin, 2003

5 Stevens, en Aylwin, 2003.

6 La UICN es una entidad no gubernamental fundada en 1948. Su objetivo es conservar la integridad de la naturaleza y promover el uso equitativo y sustentable de los recursos naturales. Agrupa hoy a Estados soberanos, agencias gubernamentales y ONG, estando integrada por 980 miembros en 141 países.

7 Aylwin, 2003.

uso o tenencia. Se rechazó el desplazamiento y enfatizó en la necesidad de consulta.

Posteriormente, en la década de los ochenta, la Estrategia Mundial para la Conservación, en la que participan UICN, WWF y PNUD, enfatizó la importancia de vincular el manejo de las AP con las actividades económicas de las comunidades locales. Otro antecedente relevante en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas ante las AP fue la aprobación de una resolución de 1982, del III Congreso Mundial de Parques Nacionales (Organizado por la Comisión Mundial de Áreas protegidas de la UICM, en Bali, Indonesia). En ella se afirman los derechos de las sociedades tradicionales a la autodeterminación social, económica, cultural y espiritual y a participar en las decisiones que afectan a la tierra y a los recursos naturales de los cuales dependen. Esta misma resolución insta, por primera vez, a los acuerdos conjuntos de gestión entre sociedades tradicionales y autoridades de las AP.

En 1996 dos hitos importantes acontecen en vías al proceso de reconciliación de los derechos de los pueblos indígenas con las iniciativas de conservación. World Wildlife Fund (WWF), que viene implementando un proceso de diálogo con la Alianza Internacional de Pueblos Indígenas-Tribales de Bosque Tropicales de más de tres años, aprueba una política referida a pueblos indígenas y conservación, considerada la primera en reconocer explícitamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas, aprueba la en ese entonces redacción de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y pone énfasis en el principio de libre e informado consentimiento para todas las relaciones entre pueblos indígenas y organizaciones conservacionistas<sup>8</sup>. Posteriormente en Asamblea General de la UICN se han aprobado un conjunto de Principios, y asociados a dichos principios, Directrices relativas a las áreas protegidas en tierras y territorios indígenas<sup>9</sup>.

Principio 1: El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos que se encuentran al interior de las áreas protegidas.

---

8 IWGIA, 1998.

9 UICN, WWF International, 2001, en Beltrán ed. 2001).



Principio 2: El reconocimiento de la necesidad de llegar a un acuerdo para el establecimiento de AP en sus territorios, estableciendo mutuas responsabilidades para la conservación de los aspectos culturales y ecológicos inmanentes a los pueblos.

Principio 3: Se reconoce a los pueblos indígenas la participación en la gestión de las AP y la necesidad de adopción de consulta ante decisiones que afecten sus derechos e intereses sobre estas tierras o territorios.

Estos principios y directrices tienen como objetivo la promoción de políticas para las áreas protegidas, salvaguardar los intereses de los pueblos indígenas y tomar en consideración las prácticas consuetudinarias relacionadas con los recursos y sistemas tradicionales de tenencia de la tierra<sup>10</sup>.

Se reconoce que desde entonces existe un consenso favorable al reconocimiento por parte de las organizaciones conservacionistas más importantes de los derechos de los Pueblos Indígenas en el contexto de la conservación de la diversidad biológica y la conservación del medio ambiente. Sin embargo, el desafío es convertir estas declaraciones en principio de realidad, sobre todo cuando muchas de las áreas protegidas, como se ha señalado, han sido creadas en territorios indígenas sin respetar estos principios.

Más allá de los aprendizajes de los conservacionistas, podemos constatar en el actual escenario que las mismas reivindicaciones y resistencias de los pueblos indígenas y campesinos ante el sinnúmero de procesos de mercantilización y apropiación destructiva de ecosistemas por parte de transnacionales y/o grandes poderes económicos, son los hechos que los han erigido como actores protagónicos de la lucha por la conservación de la diversidad biológica del planeta. Más allá de sus actividades económicas o el uso que realicen de los distintos ecosistemas, son ellos quienes han activado resistencias, forjando proyectos de sociedad a partir de la construcción de un discurso y práctica sobre manejo, acceso y control de recursos naturales desde su propia perspectiva ambientalista, la cual va de la mano por la lucha de un nuevos mecanismos de orden político y productivo.

---

10 *Ibid.*

Ambiente y sustentabilidad se han configurado como herramientas para reconfigurar proyectos de desarrollo de Pueblos Indígenas en América Latina. Queda así superado el debate de los teóricos conservacionistas anteriores sobre el impacto de los sistemas de producción y uso de recursos que los indígenas producen en el ambiente, que era incapaz de contextualizar la dinámica de fines del siglo XX y comienzos del XXI, caracterizada por la violenta liberalización de las economías de los países latinoamericanos y la desaparición del Estado en la regulación y planificación de los recursos naturales<sup>11</sup>.

Alternativas que vienen surgiendo son, por ejemplo, la revaloración de los bienes comunes, la propiedad común y la gestión comunitaria de los ecosistemas locales y recursos naturales para la conservación de biodiversidad. Los bienes de uso común eran una realidad en los pueblos indígenas hasta la inserción en sus territorios de la ideología liberal sobre la propiedad desde las primeras décadas del siglo XIX en el caso de los movimientos de independencia de la América española, que incorporó al indígena y a sus territorios al Estado nación. Sin embargo, muchos espacios y recursos han seguido apropiándose bajo la lógica del uso común por pueblos indígenas o campesinos mestizos, lo cual ha sido fuente de cohesión social y de control de recursos para la mantención de dinámicas económicas y culturales. Se considera por quienes han promovido y analizado este enfoque, que la tenencia y el usufructo comunes ofrecen ventajas sociales, ya que sus dueños ya tienen una visión de manejo en conjunto, algo que no poseen los propietarios individuales, se poseen mecanismos institucionalizados para la toma de decisiones y su ejecución, y tienen un interés propio porque sus recursos comunes sean bien manejados para conservarlos para las generaciones futuras. Se propone así, que el futuro de la conservación y buen manejo de los ecosistemas y su biodiversidad dependerán de la combinación de propiedad común, parques o reservas del Estado y un arreglo de comanejo entre ambos<sup>12</sup>.

El comanejo es un arreglo institucional para el manejo de recursos naturales, que propone que la autoridad y la responsabilidad del manejo deben ser compartidas entre el gobierno y los grupos de interés. Se trata de un enfoque descentralizado de la toma de decisiones, donde

---

11 Carpinetti, 2004.

12 Smith, en Smith y Pinedo Ed. 2002.

los actores locales están en igualdad de condiciones que el gobierno. El manejo comunitario de recursos naturales sería una forma de comanejo<sup>13</sup>. Este ha sido considerado una herramienta por distintos movimientos indígenas. Entre estos destacamos, por vincularse directamente al caso que planteamos en esta presentación, el desarrollado por la Confederación Mapuche Neuquina. De acuerdo a la Confederación este es un espacio de construcción intercultural sobre *ixofilmogen*, que es la interrelación de todas las formas de vida, o lo que en términos modernos se entiende como biodiversidad. Es además, un espacio político que se ha configurado como una herramienta organizativa del Pueblo Originario Mapuche, bajo la cual han logrado incorporar a las autoridades de la Administración de Parques Nacionales a una mesa propia de trabajo denominada “Comité de Gestión y Comanejo del Parque Lanín”. Declaran que este viene a ser un inicio en el proceso en constante construcción de la lucha que el pueblo viene desarrollando. El concepto de comanejo se viene institucionalizando desde la implementación práctica del Convenio sobre Diversidad Biológica, que en su artículo 8° inciso J indica que: “... *respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañan estilos de vida tradicionales pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica*”.

Otro planteamiento pone en cuestión la existencia de áreas protegidas cuando los organismos conservacionistas han reconocido territorios y derechos indígenas. ¿Por qué deberían seguir existiendo las áreas protegidas? Ante este debate organizaciones indígenas como la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) plantean que la creación y el reconocimiento jurídico de las áreas protegidas y/o reservas comunales se enmarca en la estrategia de defensa y garantía de la conservación de la naturaleza y la supervivencia de los pueblos indígenas. Por lo tanto la conservación de la naturaleza implica también el aprovechamiento sostenible integral de los recursos naturales. También indican que el concepto de protección debe considerar la relación con la naturaleza y la convivencia con ella, ya que existe una cadena biológica dependiente una de la otra, que se debe hacer funcionar según la planificación de los intereses de subsistencia. Así también reparan en un conjunto de pautas previas

---

13 *Ibid.*, p 395.

para los procesos de definición del medio ambiente, donde los factores a considerar debieran ser la regulación de la propiedad de los territorios indígenas, la proyección del aumento de la población, la consolidación de planes de desarrollo de los territorios indígenas donde se considere activamente la conservación de la biodiversidad. Plantean, además, que cualquier forma de administración mixta es inaceptable, ya que son los mismos pueblos los que deben decidir cómo conservarán sus territorios en función a sus propios sistemas éticos de relación, los cuales deben ser reconocidos conforme al derecho de autodeterminación de los pueblos.

Es un desafío para los gobiernos la aplicación de las recomendaciones que se han planteado en las estrategias de conservación y de reconocimiento de los derechos de los pueblos. Pero además, es un desafío para los dos grupos de interés asociados a estos espacios, grupos conservacionistas y pueblos indígenas, entablar diálogos en relación a las estrategias e iniciativas de conservación.

## EL CONTEXTO CHILENO

Las Áreas Protegidas en Chile se encuentran ordenadas por la Ley 18.362, de 1984, que establece el Sistema Nacional de Áreas Silvestres protegidas del Estado (SNASPE), el que dota a la Corporación Nacional Forestal / CONAF de funciones de administración de Parques, Reservas y Monumentos Naturales. El 2005 se genera una Política Nacional sobre la materia a cargo del Directorio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, compuesto por: la Subsecretaría de Bienes Nacionales, el Subsecretario de Pesca, el Subsecretario de Minería, el Director Ejecutivo de la Corporación Nacional Forestal (CONAF), el Director Nacional de Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR) y la Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). En él se definen principios y objetivos estratégicos orientados al cumplimiento de la Estrategia Nacional sobre Biodiversidad, instrumento marco para el cumplimiento del Convenio sobre Biodiversidad Biológica. En este documento programático pueden leerse importantes elementos de gestión que deben guiar el actuar sobre participación ciudadana y reconocimiento de los pueblos indígenas. Así se define como principio de *“Participación y reconocimiento cultural: Fortalecer la participación de las comunidades locales y/o pueblos*

*originarios en la conservación de Áreas Protegidas*”, lo cual se traduce en términos de objetivos y estrategias de la siguiente forma:

- Objetivo 2. Incorporar la participación de los diferentes actores, en las instancias que corresponda, para la creación, el manejo y la evaluación de las AP.
- a) Establecimiento de los mecanismos de participación de los diferentes actores, tanto en el sistema como en los correspondientes subsistemas, precisando sus atribuciones y los procedimientos de funcionamiento.
  - b) Creación de condiciones para la participación de las comunidades locales, en particular las comunidades indígenas, en la planificación y en la gestión directa de AP, en el subsistema que corresponda, conforme a los requisitos que se establezcan.

Actualmente en Chile existen 95 Áreas Protegidas, distribuidas en 32 Parques Nacionales, 48 Reservas Nacionales y 15 Monumentos Naturales, los que en total cubren una superficie aproximada de 14 millones de hectáreas, equivalentes al 19% del territorio nacional<sup>14</sup>. El caso sobre el cual nos queremos referir en este trabajo está asociado al Parque y Reserva Villarrica, en la región de La Araucanía y de Los Lagos.

Desde agosto de 2005 se viene concretando el programa que CONAF y SERNATUR han denominado “Ecoturismo en Áreas Silvestres Protegidas, la Inversión Más Natural”, que licitaría a privados la administración de 48 Áreas Silvestres Protegidas del Estado, entre Parques Nacionales, Reservas Nacionales y Monumentos Naturales, y que tendría como objetivo instalar allí servicios de excelencia destinados a un público ecoturístico. Varias de estas áreas son territorio ancestral de pueblos indígenas, de uso comunitario y asociados a diversas actividades culturales, sociales y económicas de los mismos. En particular, hemos tomado conocimiento de la preocupación y demanda de las comunidades aledañas al Parque Nacional Villarrica, en las comunas de Curarrehue y Panguipulli, las que denuncian la vulneración de sus derechos territoriales por causa de esta licitación.

---

14 CONAF, 2000.

El Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas fue invitado a participar de un *trawün*, encuentro organizado por comunidades de Curarrehue el 26 y 27 de mayo de 2006, donde se discutió sobre estos aspectos, generándose una declaración pública de rechazo a esta licitación. Pudimos constatar la intranquilidad que ha generado en las comunidades y su preocupación sobre el futuro de este territorio. En esta declaración se señala la importancia de los aspectos materiales y espirituales asociados a la territorialidad y, por lo tanto, a la persistencia de los mapuche. En especial, asumen la importancia de que estos espacios sean utilizados, administrados y conservados por los propios mapuche: “ ... *Emplazamos a que el Estado de Chile, representado por su Gobierno, respete la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los mapuche reviste su relación con las tierras o territorios. Los parques nacionales forman parte de esta relación y de esta visión. Insistimos, los parques nacionales, son parte del territorio mapuche que fue usurpado por el Estado chileno*”<sup>15</sup>.

Las comunidades han advertido del uso que ellas hacen sobre estos espacios territoriales, ya que la cordillera y sus recursos naturales “*son espacios territoriales que pertenecen históricamente a las comunidades mapuche, donde se encuentran ubicados los centros ceremoniales mapuche y lugares sagrados donde realizamos nuestras manifestaciones sociales, culturales y espirituales de forma colectiva*”, según se expresara en carta enviada por comunidades de Curarrehue al director regional de SERNATUR, en septiembre de 2005, momento en el que solicitó la suspensión del proceso de licitación sobre la Reserva Nacional Villarrica<sup>16</sup>. Por otra parte, las comunidades han usado ancestralmente los territorios que hoy conforman las ASP para actividades asociadas a su sobrevivencia, como son el pastoreo de ganado, recolección de frutos, acceso a las aguas, entre otras. En el área en cuestión ya se han desarrollado una serie de reclamaciones con el fin de manejar conjuntamente los espacios. Así se genera un convenio marco de colaboración, el cual dio pie al ordenamiento de las actividades de las comunidades aledañas a la Reserva y al Parque, sobre todo para la extracción de Piñones y para las veranadas, o para pastoreos de verano realizados en la reserva, y que además generó un

---

15 En Mapuexpress, [www.mapuexpress.net/?act=news&id=976](http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=976)

16 Publicada en: [www.tiroalblanco.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2758](http://www.tiroalblanco.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2758)

proyecto ejecutado por el Organismo Nacional Forestal Francés/ ONF para el diseño de la estrategia de manejo sustentable de la reserva, proyecto en el cual las comunidades también han participado. A pesar de esta positiva iniciativa las comunidades reclaman una falta a este acuerdo: *“Todas las Comunidades que hemos firmados el convenio y otras habíamos propuesto que cualquier estrategia de conservación y desarrollo económico que se implementara en las áreas protegidas íbamos a participar y tomar decisiones de acuerdo al espíritu del Convenio Marco entre CONAF y las Comunidades mapuche. A raíz de Licitación, ninguno de estos acuerdos se han respetado”*.

Este convenio, al igual que otras iniciativas desarrolladas por CONAF, se ha generado en el marco de una política sobre participación comunitaria, que ha reconocido la relevancia del trabajo conjunto con comunidades indígenas aledañas a los parques para su cuidado, mantención y gestión, fortaleciendo experiencias como la ejecutada en el Parque Nacional Los Flamencos, con comunidades lickanantai o atacameñas. Ello asociado también a la tendencia que internacionalmente se observa por relevar la importancia de las comunidades indígenas que utilizan ancestralmente los territorios declarados áreas de protección ambiental, reconociendo que los conocimientos tradicionales indígenas potencian la conservación de la biodiversidad y fortalecen sus derechos de autogestión. Instancias como la UICN han propuesto nuevas categorías para las Áreas de Protección Ambiental, las cuales asumen que estas además de contener un patrimonio natural, sostienen sistemas culturales, los cuales están asociados a los usos de grupos sobre estos recursos materiales. Por lo tanto *“los pueblos indígenas tienen el derecho a participar efectivamente en el manejo de las áreas protegidas establecidas en sus tierras y territorios, y en consecuencia, se debe llegar a acuerdos con ellos”*<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta decisión ha tenido un carácter excluyente hacia las comunidades indígenas. Así lo indicó el Observatorio en una declaración, del 31 de marzo de 2006, en la que sostiene que este proceso resulta claramente contradictorio con la Convención sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas (1992), ratificada por Chile. Además, contraviene la Agenda XXI de 1992, también suscrita por Chile, en que se plantea la necesidad de permitir a los indígenas mayor

---

17 Aylwin, 2003.

control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos y participación en la toma de decisiones que les afectan, incluyendo participación en la administración de áreas protegidas.

Por otra parte, se vulneran derechos establecidos en la ley indígena 19.253 que en su artículo 34 dispone que los servicios de la administración del estado, cuando traten materias que tengan injerencia con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las comunidades y asociaciones que las agrupan. Ello pone en evidencia la grave limitación de la ley indígena con respecto a la participación en la administración de áreas silvestres protegidas por parte de comunidades que se encuentran en áreas de desarrollo indígena, ADI. Comunas como Curarrehue, Villarrica o Coñaripe, a pesar de su alta concentración de población mapuche, no se encuentran asociadas a esta determinación arbitraria que el Ministerio de Planificación y Cooperación establece. Cabe señalar que dichas ADI tienen como estrategia una mejor focalización de la acción del Estado en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades (art. 26°), por lo que no debiera limitar el ejercicio de los derechos civiles de las comunidades a participar en temas que les son de su pertenencia. Pero además se vulneran los derechos que internacionalmente han sido consagrados en instrumentos como el Convenio 169 de la OIT, el cual reconoce el derecho a la tierra, al territorio indígena y a los recursos naturales indígenas. Estas decisiones también afectan el derecho al desarrollo de las comunidades, ya que además de restringir sus actividades económicas tradicionales, le otorgan a otros las posibilidades de gestionar iniciativas ecoturísticas en espacios que son de su uso.

La experiencia internacional al respecto nos muestra un sinnúmero de casos exitosos que surgen respetando los derechos de los pueblos indígenas, y en especial reconociendo la participación efectiva de los mismos como esencial para el logro de la sustentabilidad en el largo plazo de las áreas protegidas asociadas a comunidades indígenas. Una de especial relevancia, al ubicarse al otro lado de la cordillera de las comunidades mencionadas, y también al efectuarse con comunidades mapuche, es la experiencia de comanejo del Parque Nacional Lanín. Este comanejo se efectúa a través de un comité paritario con representantes de las comunidades y de Parques Nacionales desde el 2002, mostrando avances con respecto a la protección de los recursos naturales y en la participación de las comunidades, en su uso y gestión territorial.



Creemos que este debe ser un ejemplo para el inicio de la gestión pública de las Áreas Silvestres Protegidas en Chile. Estos aprendizajes, junto a los de otros países, deben guiar hacia una política pública sobre participación de comunidades indígenas en el acceso, la gestión y uso de áreas silvestres protegidas.

Es lamentable que cuestiones de orden económica, como las que deciden este proceso de licitación (necesidad de fortalecer la gestión de las reservas desde el sector privado debido a los escasos recursos fiscales asociados a este objetivo y la necesidad de desarrollar un mercado ecoturístico de alto nivel que atraiga una mayor afluencia de turistas al país y con ello aumento del flujo turístico nacional), estén por sobre el desarrollo sustentable, considerando el desarrollo humano y social como variable fundamental para su logro. Iniciativas como estas, que tienden a tratar a las comunidades indígenas y campesinas como actores pasivos de este tipo de procesos económicos, o como objetos y no sujetos del desarrollo al tratarlos como beneficiados indirectos, a través de proponer el empleo y el involucramiento de las comunidades asociadas como se establecen en las bases de licitación, y el no ubicar a las comunidades como gestores de sus propios proyectos de desarrollo, los llevan a ser meros espectadores del enriquecimiento que para ciertos grupos trae consigo el turismo, como ocurre en la zona lacustre en la Región de La Araucanía (Villarrica, Pucón, Coñaripe). Estamos ante un nuevo escenario económico de riesgo para las comunidades; la internacionalización del turismo chileno, sumada a otros proyectos de inserción de la economía nacional en el mercado global, podría traer fuertes consecuencias para la persistencia de los pueblos indígenas en sus territorios. CONAF y SERNATUR, no están minimizando las posibles consecuencias (desde las de orden cultural generadas por la folclorización de las culturas locales con actividades turísticas que tienden a vender el producto indígena, las de orden económico, la pérdida de control territorial sobre los recursos turísticos de las comunidades, por nombrar algunas) cuando imponen a las comunidades procesos que rechazan y los limitan a postular en las mismas condiciones que a oferentes privados, nacionales o extranjeros. Ello, como si el problema entre comunidades y las áreas silvestres protegidas se resolviera en estas instancias. Cuando leemos este caso a la luz de la Política Nacional sobre Áreas Protegidas, y a la luz de los avances ya expuestos en la discusión de organizaciones conservacionistas y pueblos indígenas, cabe plantearse la gran distancia

con la cual se opera en términos prácticos en materia de participación en Chile, ya sea asociadas al reconocimiento de los derechos indígenas o a la participación ciudadana en general.

## CONCLUSIONES

Una importante pregunta que surge en esta reflexión es acerca del rol del Estado en áreas protegidas presentes en territorio indígena. Decimos pregunta, puesto que la respuesta es parte de la activa discusión de los mismos pueblos, sobre todo cuando la concepción de territorio reivindicado involucra aspectos de autonomía con respecto a determinados asuntos asociados a la formulación, dirección y control sobre el propio proyecto de desarrollo. Bruno Carpinetti, a partir de su trabajo en el Parque Lanín, Argentina, plantea una importante coyuntura: en el marco de economías de mercado altamente desreguladas, con una alta presión sobre los territorios indígenas y sus recursos, difícilmente las instituciones indígenas por sí solas podrán asegurar la conservación de la naturaleza en sus áreas sin ayuda de agentes sociales externos. En tal sentido, plantea que *“el Estado debiera continuar teniendo un rol destacado en el aseguramiento de la sustentabilidad de los territorios indígenas bajo legislaciones, políticas, relaciones y procesos institucionales que permitan, en un plano de ejercicio pleno de los derechos indígenas, desarrollar herramientas eficaces para preservar la diversidad biológica”*<sup>18</sup>. Volvemos con ello a un elemento fundamental en el enfoque de derechos humanos: son los Estados los garantes del ejercicio y respeto de los derechos humanos, por lo tanto de los derechos de los pueblos indígenas.

El rol del Estado sobre las áreas protegidas es también puesto en el debate por las mismas ONG conservacionistas, las que han planteado que el tema de las áreas protegidas y el problema de los derechos indígenas sobre las mismas son un asunto de políticas de Estado, siendo el rol que les compete a las ONG el de promoción y apoyo en alianza con los pueblos indígenas para inspirar u orientar dichas políticas. Comprender esta distinción es fundamental para no cultivar falsas expectativas con respecto a lo que puede lograr una alianza de este tipo. Las ONG conservacionistas además han argumentado que

---

18 Carpenetti, 2004, p 56.

los pueblos indígenas no están solos en los procesos de sostenibilidad del medio ambiente. Hay también otros actores sociales y por lo tanto ponen en duda que esta dimensión sea posible de autodeterminarse por los pueblos indígenas. Proponen el que deba ser un proceso de alianzas sociales entre actores con reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos<sup>19</sup>.

Importantes herramientas que apoyarán a los Estados, a los propios movimientos y a las organizaciones conservacionistas en defender los objetivos de preservación de la biodiversidad son los instrumentos del derecho internacional, como el Convenio 169 y el proyecto de Declaración Internacional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Sus contenidos son aportes para una discusión comunitaria a nivel local que podría reflejarse a nivel nacional, regional e internacional para asegurar un cambio político y paradigmático en lo que se refiere a diversidad biológica.

Varios ejemplos vienen dándose en América Latina sobre pueblos indígenas que reivindican sus territorios en áreas protegidas; ONG monitoreando o asesorando dichos procesos; gobiernos que han modificado sus políticas al reconocer los derechos de los pueblos que habitan estos territorios. Distintos son, sin embargo, los grados de alcance; algunos con mayor autonomía, otros reflejando espacios incipientes. Podríamos decir que estos avances se desprenden del efecto de la globalización de los derechos humanos. A pesar de ello, este efecto global sobre realidades nacionales y locales están muy distantes del contexto chileno, el cual está muy lejos de garantizar los derechos de los pueblos indígenas en lo que se refiere a conservación de biodiversidad, reconocimiento de sus territorios, de la autodeterminación, de los derechos de los pueblos indígenas en general. Hemos identificado una muy limitada política que habla en el nivel de participación, sin otorgar mayor nivel de autonomía ni de reconocimiento sobre las áreas protegidas. Lo que es más grave, ni siquiera esa participación se cumple cuando se trata de aplicar programas como los que en específico se han denunciados por comunidades mapuche de La Araucanía.

---

19 WWF Internacional en Conferencia de Pucallpa, Perú, en IWGIA 1998.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aylwin, J. “Áreas Protegidas y Pueblos Indígenas: Directrices y Experiencias Internacionales”. Documento presentado en el Seminario Taller “Áreas Protegidas y Comunidades Humanas: Experiencias, Visiones y Alternativas de Colaboración para el Desarrollo Sustentable de la Cordillera de Piuché”, Isla Grande de Chiloé, 2003.
- Beltrán, J. (Ed.) *Pueblos Indígenas y Tradicionales y Áreas Protegidas: Principios, Directrices y Casos de Estudio*, Gland y Cambridge, UICN, y WWF Internacional, 2001.
- Carpinetti, Bruno. *Derechos Indígenas en el Parque Nacional Lanín: De la Expulsión al Comanejo*, Buenos Aires, Administración de Parques Nacionales, 2004.
- Corporación Nacional Forestal, CONAF, *Lineamientos Estratégico Institucionales Áreas Silvestres Protegidas del Estado y Comunidades Indígenas*, Santiago, 2000.
- Comisión Nacional de Medio Ambiente, CONAMA, *Política Nacional de Áreas Protegidas*, Santiago 2005.
- IGWIA. *Derechos Indígenas y Conservación de la Naturaleza. Asuntos Relativos a la Gestión*, Copenhague, 1998.
- Smith, Richard Chase. “Introducción, Los Bienes Comunes y Su Gestión Comunitaria: Conceptos y Prácticas”. En: Smith, Richard Chase y Pinedo, Danny (Ed.), *El Cuidado de los Bienes Comunes. Gobierno y Manejo de los Lagos y Bosques en la Amazonía*, Lima, Perú, IEP, Instituto del Bien Común, 2002.

## ÉTICA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL: UN DESAFÍO PENDIENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

*SERGIO CUYUL<sup>1</sup>*

Soy Sergio Cuyul, mapuche huilliche, trabajador social. Trabajo en el territorio mapuche del sur, en la *butahuillimapu*, un territorio que forma parte de la “exitosa” gestión económica de los distintos gobiernos de la Concertación y de la dictadura, porque parte importante de las ganancias que obtiene Chile proviene de la actividad de la salmonicultura. Un dato no menor, considerando que Chiloé, siempre decimos nosotros en el sur, es la *Bolivia de Chile*. Ello ya que la mayor parte de la población que vive allí es mapuche huilliche.

Vivimos el peor de todos los racismos, que es el racismo por omisión; la mayor parte de la gente que trabaja como mano de obra barata en las empresas salmoneras de Chiloé, el 80% al menos, es mapuche huilliche.

Otra constatación es que a partir del año 83, cuando llegan las salmoneras a la isla, se modifica todo, cambian las relaciones sociales, la estructura de la propiedad, la estructura de producción, la educación, comienza mucho más fuertemente el clasismo y el racismo. Es por ello que el año 83 marca un hito para la isla en general y para la cultura mapuche huilliche en particular.

---

1 Federación Huilliche de Chiloé.

¿Por qué hemos elegido este tema, un tema candente, polémico, casi brutal para nosotros? Roque Dalton, un poeta salvadoreño, decía lo siguiente: *“Una crítica al sistema norteamericano solamente la puede hacer un antinorteamericano; una crítica al sistema soviético solamente la puede hacer un antisoviético; una crítica al Partido Comunista salvadoreño sería un suicidio”*.

¿Por qué decimos esto? Porque nuestra hipótesis es que el tema indígena en Chile se presenta de dos maneras: por una parte se presenta como una realidad de atropellos, lo cual es cierto y no lo vamos a negar, y por otra, como un tema cultural. Señalo esto porque jamás en nuestras discusiones internas como movimiento, como organizaciones, ponemos énfasis ni le damos espacio a la autocritica. Y si alguien me dice que eso es así, yo le digo que es mentira. ¿Por qué no le dejamos espacio a la autocritica? La autocritica es muy importante, porque nos permite crecer, nos permite valorarnos, nos permite renovarnos. Yo quisiera demostrar esto desde lo que nosotros somos, de cómo nacimos, y que quede claramente ejemplificado.

Existe entre el movimiento mapuche un caudillismo exacerbado, muchos *toki* pero pocos indios, y cada uno con su cuota de poder, con su cuota de dinero, con su cuota de viajes y con su cuota de *marketing*. Esto, que nosotros venimos observando desde el año 79, nos tiene en la actualidad paralizados. Y siempre en estos foros aparecemos como víctimas, denunciando los atropellos, denunciando una y mil cosas. Pero nadie dice que entre nosotros también hay déspotas; nadie dice que nuestras instituciones y organizaciones funcionan mal, nadie dice que nos hemos dedicado todos estos años a fomentar organizaciones pero no instituciones, y la grandeza de un pueblo está en construir instituciones, que es lo que nosotros tratamos de hacer. Si nosotros no tenemos instituciones estamos equivocados en nuestros propósitos. El construir instituciones propias significa que nosotros nos vamos a hacer cargo de nuestra educación; que nosotros nos vamos a hacer cargo de nuestros sistemas de salud, no adosados a un hospital que construye el Estado sino que desde nosotros; que nosotros vamos a fomentar la creación de empresas nuestras, con responsabilidad social y además con responsabilidad étnica, de pueblo. Significa, en suma, que vamos a ser holísticos, a ser integrales e integradores, que vamos a tener como principio el tema de la multiculturalidad, porque nosotros generalmente echamos a todos los *winkas* en un mismo saco, y no es justo.

Cuando nosotros nacimos en Chiloé como movimiento indígena, existía solamente una organización, una organización tradicional. Y nosotros hicimos muchos esfuerzos para que nos dejaran entrar, golpeamos muchas veces la puerta y nos dijeron que no, que ellos eran los representantes, que estaban en la ley. La ley ahí sirve, ahí ellos respetan la ley indígena. Pero cuando la ley no sirve a sus intereses, la desecharon.

Cuando nosotros nos constituimos como movimiento indígena en Chiloé, nos constituimos solamente –como se dice en buen chileno– con ‘*las patas y el buche*’, no teníamos nada y solamente queríamos lograr trabajar por nuestra gente. Y cuando supieron que la CONADI nos había entregado la primera personalidad jurídica casi nos fusilan, y no lo digo de manera metafórica, lo digo de manera real.

Comenzamos a trabajar con una comunidad indígena y actualmente somos treinta comunidades. Nuestro movimiento se fijó como meta el recuperar la autoestima de la gente nuestra y recuperar nuestros territorios. En un comienzo fuimos tremendamente asistencialistas –y no lo vamos a negar– al contrario, nos enorgullecemos de ello. Esa palabra para algunos intelectuales tan mirada en menos, tan manoseada, a nosotros nos sirvió mucho. El tema es que no nos quedamos en el asistencialismo. Cuando nos constituimos como organización indígena en el año 99, teníamos esos propósitos. Hoy día, en el año 2006, podemos decir que lo que nos propusimos en aquella época, la recuperación de nuestros territorios, el mejoramiento de la autoestima, están con creces logrados. Podemos decir que actualmente nuestro movimiento indígena ha crecido básicamente por el concepto de la ética y de la responsabilidad social. Hemos sido estratégicos en no pelearnos con nadie, no estamos todavía habilitados para pelearnos con nadie. Llegará el momento en que nos pelearnos, pero ahora lo importante es crecer hacia adentro, fortalecernos. Y llegará el tiempo de pelear contra las salmoneras, el tiempo de hacer hincapié entre los nuestros de que en las condiciones que trabajan actualmente somos esclavos modernos, el tiempo en que nosotros discutamos qué modelo de desarrollo es mejor y nos acomoda. Mientras tanto estamos visitando Temuco, en giras para ir a conocer los impactos de las forestales en las comunidades indígenas. ¿Por qué? ¿Qué sacamos nosotros como líderes de decirles ‘saben que nosotros no queremos que lleguen las forestales a Chiloé’ si la gente de base no lo conoce? Por lo tanto es muy importante que los

dirigentes vayan, visiten, conozcan, conversen con nuestros hermanos de Temuco y que ellos les digan “*a nosotros las forestales nos hicieron tanto daño que no se vayan por ahí*”.

Yo creo que la ética se construye día a día; la ética, que está muy manoseada actualmente, prácticamente no existe. Ella ha sido relativizada por el modelo económico y político que tenemos. Creo que también es un deber que nosotros tengamos un modelo ético. Nosotros, como indígenas, no somos cien por ciento éticos, tenemos que partir de esa base. Porque ser ético significa que nosotros vamos primeramente a apoyar a nuestra gente, a la gente más débil de nosotros, a la madre soltera, a la persona que no acudió o ni siquiera tuvo la posibilidad de acudir al octavo básico, a la persona que está alcoholizada en nuestras comunidades. La ética parte por ahí y se construye desde la necesidad de los más humildes. La ética no significa que el dirigente va a ser el primero en decir “*yo quiero ese pedazo de tierra*”. Cuando recuperamos la tierra, significa que el dirigente va a ser el último que *va a tocar un pedazo de ella*, si es que *va a tocar*. Ética significa que como dirigente y gestor de todo esto, aunque tenga derecho, aunque tenga toda la posibilidad de quedarse con tierra, no puede aceptarla. Ética significa que cuando un dirigente pueda pagarse los pasajes, que se los pague, y que lo asuma.

La ética, este concepto tan manoseado, que nosotros cada día que vemos y observamos cómo se maneja este estado observamos que no existe ética, la ética se perdió, y la responsabilidad social se la han dejado a la empresa. Como que ellos fueran los grandes responsables de que se genere responsabilidad social y nosotros nos lavamos las manos con el concepto.

La responsabilidad social es un tema de todos y de todas.



## LAS IMPLICANCIAS DEL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE LA ONU SOBRE DERECHOS INDÍGENAS EN CHILE DESDE LA VISIÓN AYMARA

*RICHARD FERNÁNDEZ<sup>1</sup>*

El Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas visitó el norte del país el 2003. El pueblo aymara no tenía conocimiento de la venida del Relator. También había un desconocimiento por parte de algunos dirigentes sobre su función y sobre los instrumentos de pueblos indígenas a nivel internacional. Por ende, su visita tuvo un bajo perfil, con poca difusión. Tampoco se reunió con las comunidades en conflicto. Lamentablemente como siempre, y eso es una política reiterada del gobierno, especialmente en el norte, en las instancias donde tenemos que debatir nuestra situación, nuestras problemáticas, hay una instrumentalización por parte del estado que trae a su gente, en este caso a los aymara pro estado. En ese contexto se plantearon al Relator muy pocas situaciones de conflictos existentes en las comunidades.

El 2004 tuvimos conocimiento del informe del Relator. Ahí empezó una estrategia del pueblo aymara para poder difundirlo y para generar conciencia en nuestras comunidades. Ello porque realmente mucha gente no conocía la función del Relator. Se hicieron talleres, discusiones, se generaron alianzas con algunas organizaciones del norte y del sur para formar redes, para analizar lo que se estaba entregando con este informe para los pueblos indígenas.

---

1 Consejo Nacional Aymara Arica-Parinacota.

Nos dimos cuenta de la importancia de las recomendaciones del Relator, en particular de aquella en que se planteaba la conformación de una instancia para un diálogo entre las partes interesadas, en este caso el estado y los pueblos indígenas. Las organizaciones aymara le plantearon a las autoridades, tanto a nivel regional como a nivel local, que se propiciara este diálogo basado en las recomendaciones del Relator, porque pensamos que era un paso inicial para generar confianza. Lamentablemente el estado hizo oídos sordos; nunca respondió a las cartas en que nosotros planteábamos esa demanda.

También, se invitó a participar de las instancias de discusión desarrolladas desde el gobierno. Los que estábamos en una postura de defensa y promoción de los derechos no fuimos invitados a estos espacios de difusión y debate. Prácticamente se nos ignoraba o se nos mandaban las invitaciones a último momento. Así se coartaba el derecho a participar en ellas.

Cabe hacer un comentario en relación a la referencia que el Relator hace en su informe sobre el agua, los recursos hídricos y las empresas mineras. Lamentablemente constatamos que las recomendaciones de cambiar las leyes sectoriales, especialmente las relativas a las aguas y minería, no han sido acogidas. Por el contrario, en el caso del Código de Aguas, la nueva reforma permite que prácticamente se privaticen las aguas subterráneas, acelerando el proceso de constitución de derechos de aguas por parte de las empresas mineras. Los efectos los estamos viendo ahora que se han suscitado una gran cantidad de conflictos en las comunidades, como el caso de Chusmiza, el caso de los pozos del Altiplano, el caso de Codelco, el caso Mocha, el caso también de Poposa, Laguna de Huasco y muchos otros. Con respecto a los dirigentes que denunciemos esta realidad, vemos que existe una amedrentación, especialmente por parte de funcionarios públicos, que amenazan a nuestros dirigentes con que no les van a aprobar proyectos, que les van a quitar las becas a sus hijos, y con otras amenazas que coartan el derecho a la denuncia. Inclusive hay una denuncia que se hizo a la Contraloría con respecto al abuso de poder, a la violación de la Ley Indígena, y a este tipo de situaciones que confunden al pueblo aymara.

Es así como en el caso de la Primera Región, el estado creó un Consejo paralelo al Consejo Aymara ya establecido, con los perdedores

del proceso electoral que se hizo en forma democrática en las comunidades, y se les dio apoyo y financiamiento del estado.

Hemos tenido conocimiento de los seguimientos por parte de Investigaciones hacia nuestros dirigentes, una cosa inusual que nos ha tocado vivir últimamente. No sabemos por qué el gobierno está siguiendo a dirigentes que propiciamos la defensa de nuestros derechos.

Una de las cosas que nosotros vemos con mucha preocupación es el Código de Aguas, porque en él se privilegia la concesión de derechos de aguas con una finalidad productiva, por sobre los derechos de las comunidades aymara. En este aspecto, más que facilitar el acceso a los derechos de agua, se ha dificultado. Ello, por que hay trámites que deben cumplir las comunidades que complejizan su obtención. Por lo general las comunidades no tienen abogados, no tienen ingenieros y tampoco ha habido una difusión por parte de la Dirección General de Aguas (DGA) sobre la reforma al Código de Aguas. Por supuesto, cuando se reformó este código jamás se pidió la opinión al pueblo aymara.

Y con respecto a la Ley Indígena, el Código de Aguas y el Código Minero están por sobre esta ley. Como en la Ley Indígena no se establecen los derechos del subsuelo, esta no tiene un peso frente al Código de Aguas y al Código Minero.

Otra preocupación nuestra es con respecto a la situación de los fondos que se invierten en el mundo aymara. Ahí también vemos que se quiere obstaculizar el acceso a la información por parte de las instituciones públicas. En ese sentido ha existido una retórica permanente de los servicios públicos, especialmente la CONADI y de la DGA, y también de otros organismos públicos que tienen que ver con el pueblo aymara, pero que en la práctica, no nos dan respuesta.

Otra situación que también me parece importante mencionar es la relacionada con el incumplimiento de los acuerdos. Lamentablemente cuando llegamos a una instancia de diálogo, las pocas que hay con la autoridad, los acuerdos alcanzados no se cumplen. Nosotros hemos visto a muchos ministros que han llegado hasta nuestras tierras y que se han comprometido ante toda las comunidades, inclusive lo han manifestado en el diario, dejando de manifiesto que el gobierno está apoyando al pueblo aymara. Y al final, los acuerdos a que llegamos no

se cumplen. Hay muchos ejemplos de lo anterior como los compromisos del gobierno con el hogar indígena del norte.

Lo que constatamos es que las políticas públicas fomentan el acaparamiento del agua. Es al caso de los pozos del altiplano, donde la Dirección de Obras Hidráulicas presionó para que las comunidades negociaran el recurso hídrico. Inclusive hay un afiche que se distribuyó entre las comunidades diciendo que esto no iba a afectar al medio ambiente, que había que ser generosos, que había que compartir el agua. Pero todos sabíamos que esas aguas se iban a traspasar y se iban a adquirir sus derechos por los poderes económicos de la provincia y a nivel nacional. En este momento hay una fuerte presión a las comunidades indígenas para que negocien sus aguas con las empresas.

Otra cosa que nosotros vemos con preocupación es la invisibilidad de nuestras denuncias, especialmente en los medios de comunicación. En su Informe el Relator recomienda a los medios de comunicación que se nos abran las puertas informativas. Pero lamentablemente los medios nos cierran las puertas. En varias instancias nosotros hemos protestado, inclusive en el caso de los pozos del Altiplano, y los medios de comunicación han tergiversado los hechos, confundiendo a la opinión pública.

Vemos que también la autoridad le baja el perfil a nuestras demandas y denuncias y que hay círculos de poder que protegen a funcionarios que cometen abusos de autoridad. Me parece que aquí hay círculos de poder que protegen a ciertos funcionarios públicos, especialmente de la CONADI. La CONADI más que nada se ha transformado en un instrumento que acapara a nuestros dirigentes con la finalidad de aplicar una política de asimilación hacia el pueblo aymara. Por una coyuntura geopolítica hoy estamos viviendo una nueva chilenización. Aquí no hay una política clara con respecto al desarrollo de las provincias de Arica y de Parinacota. Más que nada se está fomentando la migración para engrosar los cordones de pobreza que existen en la ciudad de Arica. Ustedes saben que tenemos el 12% de cesantía, hay una emigración inclusive desde la misma ciudad de Arica hacia otros lados, porque lamentablemente no hay una política clara.

Así, vemos que las recomendaciones que hizo el Relator Especial de la ONU no se han cumplido. Un ejemplo de ello es el relativo al

derecho de los niños a ser educados de acuerdo a su cultura. Vemos que la política del Estado en cuanto a la educación es homogeneizante, aquí todos tienen que aprender la cultura chilena y se le da poco énfasis a nuestra cultura como pueblo. La CONADI solamente hace algunos talleres en las comunidades, a lo que luego llama “educación intercultural bilingüe”.

A pesar de todo ello, nosotros nos vamos a preparar para la visita de Relator y le vamos a manifestar todas nuestras inquietudes con un informe mucho más completo. Porque ahora sí que hay más conciencia, en este caso, de la situación que el pueblo aymara está viviendo en el norte de Chile.

Muchas gracias.

## **CIUDADANÍA MULTICULTURAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS: EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN**

CLAUDIO GONZÁLEZ PARRA, PH.D. / JEANNE W. SIMON, PH.D.<sup>1</sup>

### **RESUMEN**

Este trabajo es una discusión sobre los conceptos que estructuran el debate respecto a la ciudadanía y los derechos de los pueblos indígenas. La discusión empieza con lo que significa ser un pueblo indígena, identificando los elementos principales como la relación con la tierra y su cosmovisión. Segundo, caracterizamos el concepto de ciudadanía multicultural como desarrollado en la cultura occidental. Planteamos que las personas indígenas tienen dos posibilidades, y que ambas implican la exclusión. Si elige integración a la sociedad dominante, sufre la exclusión de su identidad cultural; si uno elige mantener su identidad, sufre la exclusión de la sociedad dominante. Se concluye con una propuesta para integrar la perspectiva de los pueblos indígenas en la discusión sobre la ciudadanía multicultural y los derechos humanos.

Palabras clave: pueblo indígena, derechos humanos, exclusión social, ciudadanía

---

<sup>1</sup> Centro Regional de Estudios Étnicos y Rurales (CREER), Universidad de Concepción, CHILE.

*Toda la tierra es una sola,  
ahora somos gente de ella  
No podrán morir nuestras almas  
Cambiar si es que pueden  
Pero no apagarse  
Una sola alma somos  
Como hay un solo mundo  
Y una sola lengua  
(Canción Mapuche)*

A pesar de los importantes esfuerzos de gobiernos nacionales para resolver los problemas de pobreza, penuria y marginalidad de los pueblos indígenas de América Latina (Salomon 1996), existen todavía muchos obstáculos a su participación en actividades sociopolíticas y económicas. Sin embargo, en las últimas dos décadas, los pueblos indígenas de América Latina se han organizado mejor y movilizado para expresar sus demandas en el país donde viven y en el escenario internacional. De hecho hoy en día, los pueblos indígenas buscan nuevos caminos para mejorar su situación y superar los obstáculos históricos. Al mismo tiempo a nivel internacional hay un creciente, pero limitado conocimiento de la necesidad de resolver los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, aunque no hay mucha concordancia sobre el tipo de políticas que se requiere.

El presente trabajo pretende contribuir a la discusión en relación a los derechos de los pueblos indígenas, y las formas de exclusión de o inclusión en la sociedad dominante. La discusión empieza con lo que significa ser un “pueblo” desde la perspectiva indígena, identificando los elementos claves como la relación con la tierra y su cosmovisión. Segundo, caracterizamos el concepto de ciudadanía como desarrollado en la cultura occidental, y analizaremos las implicaciones de usar el concepto en relación a la exclusión o inclusión de los pueblos indígenas. Finalmente, se concluye con una propuesta para mejor incorporar la perspectiva de los pueblos indígenas en la discusión sobre la ciudadanía y los derechos humanos.

## LA PERSPECTIVA INDÍGENA DEL “PUEBLO”

Cuando hablamos de un pueblo indígena, ¿qué tenemos en mente? ¿Cuáles son sus características? ¿Cómo se diferencian de otros pueblos?

En la historia, generalmente usamos la palabra “pueblo” para hablar de los grupos “esenciales” de una nación. En América Latina en el momento de la independencia, la nación fue imaginada y construida por las “elites criollas” que se autoproclamaron “el pueblo”. Sin embargo, este pueblo imaginado era homogeneizado, y dejó invisible a importantes sectores de la población, como son los indígenas, los esclavos, las mujeres, entre otros (Assies 2004).

Un pueblo requiere para ser tal, básicamente de dos componentes. En primer lugar, se requiere constituir un grupo étnico para lo que es necesario a su vez de dos elementos: uno de carácter objetivo, la etnia, y otro de carácter subjetivo, la conciencia étnica (lo que contempla Obieta (1983) al señalar que el “*derecho de un pueblo a afirmar su propia existencia*”). En segundo lugar, se requiere de un territorio, donde este grupo étnico tenga su asentamiento en forma más o menos estable (perspectiva territorial).

Desde *una perspectiva sociológica*, son los pueblos indígenas los que con mayor nitidez cumplen con estos requisitos, pues son poseedores de una identidad étnica claramente diferenciable de las culturas occidentales. Además, al nombre que cada pueblo indígena se da a sí mismo –*mapuche, saami, inuit, aymara, quechua, pehuenche*–, lo cual significa, por lo común, simplemente “pueblo”.

Es especialmente en su relación con la tierra que las sociedades indígenas comparten una serie de valores decididamente diferentes de las prioridades que poseen las sociedades occidentales y capitalistas. Los distintos pueblos indígenas se asemejan entre ellos por una fuerte, “viva”, conexión a la tierra, la cual se caracteriza por el respeto a la naturaleza a diferencia de la relación instrumental que generalmente caracteriza la relación con la tierra que tiene las sociedades occidentales.



De hecho, muy ligado a la existencia misma de cada pueblo indígena es el territorio que ocupan, y los nombres que le dan a sus territorios y que por lo general pueden traducirse a menudo como “nuestra tierra”. En muchos países, los pueblos indígenas todavía poseían un vínculo ancestral y actual a su territorio (sin perjuicio del derecho de propiedad que pudiera o no reconocérseles sobre las tierras que habitan, y que las fronteras del territorio sean difusas, lo cual ha traído una trasgresión de sus derechos como parte del proceso de colonización y la construcción de la nacionalidad). Además, una de sus demandas principales es la demanda por el control y la autogestión de sus territorios.

Para los pueblos indígenas, la tierra es la madre de toda vida y les provee todo lo que necesitan para vivir. En esencia, hay una percepción, una conciencia de que toda vida –los montes, ríos, cielos, animales, plantas, insectos, rocas, personas– están inseparablemente interrelacionados. Los mundos, material y espiritual, se entrelazan formando un tejido en el que todos los seres vivos comparten un significado sagrado. En las comunidades indígenas, existe una reciprocidad viva entre las personas y la tierra, una relación que no existe en las ciudades. Su creencia de “*que ningún humano puede ser dueño de un pedazo de tierra*”, ha permitido el despojo “legal” de su territorio en su interacción con la sociedad no indígena. Los pueblos indígenas plantean que su forma de conocimiento y su cosmovisión difieren de la cosmovisión occidental.

La cosmovisión indígena en general no es antropocéntrica. Como ejemplo, en la cosmovisión pehuenche, donde cada elemento natural tiene un ser, un *ngen*. Las montañas, los vertientes, los animales, las vegas, todo tiene un ser y poderes especiales. Como consecuencia, uno debe pedir permiso para pasar por o para usar un *ngen*. Si uno no lo hace, malas cosas pueden pasar por romper los equilibrios esenciales. El bienestar de los pehuenche y de su tierra requiere un equilibrio basado en el respeto para los demás y de la naturaleza.

Los pueblos indígenas celebran ceremonias comunitarias que pone en contacto el mundo humano con el mundo sagrado en vistas a la conservación del Universo. Para el pehuenche, esta ceremonia se llama *travún*, que es una junta especial de petición al dios *Chachao*. En el *travún*, se le agradece al *Chachao Nguenechén* porque nos brinda con los ciclos de la tierra y con la abundancia de los alimentos, nos permiten la reproducción de la vida y recordar que ningún humano es

dueño de la Tierra (entrevistas al *lonko* del *guillatun* don Manuel Jesús Tranamil de Trapa Trapa, Alto Bío Bío).

En resumen, los pueblos indígenas aún mantienen diferencias importantes en su forma de vida y su cosmovisión con la sociedad dominante del Estado en cuyo territorio ellos residen. Por tanto, ellos poseen las características de un pueblo, y una conciencia de ser una etnia distinta, una comunidad distinta.

### **EL USO DEL TÉRMINO “PUEBLO” EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

En el derecho internacional, el término “pueblo indígena” tiene un estatus preciso que implica el derecho a la autodeterminación. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes incluye estipulaciones precisas sobre territorios, así como el derecho de los pueblos a mantener sus propios sistemas de autoridad y resolución de conflictos (derechos también reconocidos por las más o menos recientes reformas de las constituciones latinoamericanas). En la definición de “pueblos indígenas” se toman en cuenta preferentemente elementos como preexistencia, no dominio, diferencia cultural y “auto-identificación”. Además, es importante notar que se alude a estos grupos precisamente con el calificativo de “pueblos” y no de “poblaciones”, como en el instrumento anterior (el Convenio 107 de la OIT), que fue reemplazado debido a un sesgo marcadamente asimilacionista o integracionista, propio de la época en que fue elaborado.

Pero cuando se menciona el tema de los derechos indígenas se llega, ineludiblemente, a este Convenio, dado que es el único que actualmente se refiere a los derechos de estos pueblos. Aunque su contenido es de orden principalmente laboral, en él también se tocan temas generales de derechos humanos, y dentro de los derechos que en este Convenio se consagran a los pueblos indígenas se destacan los siguientes:

- El derecho a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, social y cultural.
- El derecho a mantener y fortalecer sus identidades, lengua y religiones a través de la educación.
- El derecho a sus tierras ancestrales y recursos naturales.

- Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.
- Contactos y cooperación a través de las fronteras.

Este documento busca entregar control a través del reconocimiento estatal de sus derechos. Aunque fundamental es establecer la igualdad formal de los pueblos indígenas, no enfrenta su exclusión o inclusión, es decir la naturaleza de su relación con el Estado y la sociedad dominante. Para poder mejor entender, en la próxima sección analizamos la relación ideal y existente entre los pueblos, las personas indígenas, el Estado y la sociedad dominante.

### **LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CIUDADANÍA: EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN**

Cuando estuvimos evaluando los impactos de la construcción de una represa y del desplazamiento y reasentamiento involuntario (DRI) de familias pehuenche en Alto Bío-Bío, una de las conclusiones más interesantes fue que la calidad de vida lograda por una persona se asocia con la naturaleza de la interacción e identificación con la sociedad dominante. En pocas palabras, las personas que habían sido asimiladas a la sociedad chilena antes del DRI, pudieron aprovechar mejor los beneficios asociados con DRI. En contraste, las personas que no tuvieron mucho contacto antes de DRI, no pudieron aprovechar los beneficios asociados con el DRI<sup>2</sup>. Estos resultados sugieren que hay una relación importante entre identidad y bienestar, y que este elemento generalmente no está considerado en el diseño de las políticas. Además, los instrumentos usados para medir la pobreza y calidad de vida se basan en la suposición que se puede medir el bienestar de cada persona en la misma manera. Nuestro estudio (González y Simon, 2004) indica que al menos en el caso de los pehuenche de Alto Bío-Bío, las diferencias en bienestar se relacionan con diferencias en identidad, y que una mejor condición material no implica necesariamente un mejor nivel de bienestar.

Cuando empezamos a pensar en términos de exclusión e inclusión de los pueblos indígenas, vimos que la exclusión toma dos formas en el caso de las personas indígenas: marginalización de sus tradiciones y/o marginalización de la sociedad dominante. En la presente sección,

---

2 Por más detalles, ver González, Simon and Baquedano, 2004; González y Simon, 2005.

planteamos que el uso del concepto de ciudadanía, sin buscar la forma de reconciliar la identidad indígena con la identidad occidental, exige que la persona indígena elija entre la exclusión de la sociedad indígena o de la sociedad dominante, donde la inclusión como un ciudadano igual no es una opción. En pocas palabras, las personas indígenas sufren un doble proceso de exclusión: ellos tienen que elegir entre vivir en la pobreza marginal y mantener su cultura, o marginalizarse de su cultura para mejorar su situación material. Planteamos que aun en las mejores situaciones donde se respetan los derechos humanos de los pueblos y personas indígenas, la exclusión existe, y para mejorar la situación se requiere modificar el concepto de ciudadano actualmente usado.

En la filosofía occidental, la ciudadanía describe la relación entre los miembros de una polis, y es idealmente una relación de iguales en derechos ante la ley. La relación entre los ciudadanos es una de respeto mutuo, y se presenta idealmente como una relación racional basada en la individualidad de cada ciudadano pero que no es necesariamente egoísta. Todos los ciudadanos se sienten conectados con los otros miembros de su comunidad política, y valorizan y quieren proteger sus instituciones políticas (sistemas de autoridad y resolución de conflictos).

El caso de los pueblos indígenas insertos en un Estado-Nacional, se exige una reformulación del modelo descrito por varias razones. Primero, los pueblos indígenas no se sienten conectados con los otros miembros de su comunidad política debido a siglos de represión, discriminación, y violación de sus derechos, especialmente el derecho a la tierra. Además, la mayoría de las personas no indígenas (los otros miembros de la comunidad política) tampoco se sienten muy conectadas a los pueblos indígenas por prejuicio y/o por no conocerlos. En general, no existe una relación de respeto mutuo entre las personas indígenas y no indígenas, miembros de la misma comunidad política.

Segundo, los pueblos indígenas no valorizan ni quieren proteger las instituciones políticas porque no comparten la cultura societal ni política de la cultura dominante (occidental) que han definido las instituciones políticas que rigen en el país. Aunque muchos autores piensan que las instituciones políticas liberales son “universales” y son los garantes del bien común, desde hace mucho tiempo han emergido voces cuestionando su carácter “occidental”. De hecho, Rodolfo

Stavenhagen en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* (2004), manifiesta su “especial preocupación ante el hecho que en muchas ocasiones la discriminación contra los pueblos indígenas en la administración de justicia puede ser indirecta y resultado de la aplicación de leyes aparentemente neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado sobre los pueblos indígenas” (Stavenhagen, 2004: 6).

Como se puede observar en todos los países, este dilema es real más que imaginario. Por un lado, las instituciones liberales nos entregan herramientas como los derechos humanos universales para que los pueblos indígenas defiendan de los abusos. Pero, al mismo tiempo, para usar las instituciones liberales, un indígena tiene que integrarse a la sociedad liberal, dificultando la relación que tiene con su cosmovisión indígena.

### **INCLUSIÓN FORMAL**

Cuando los indígenas se integran al Estado-Nacional, su inclusión no es superficial. En lo formal, existe una igualdad de los ciudadanos, pero detrás de esta igualdad formal se esconden diferencias en poder, a menudo socialmente impuestas, por diferencias en clase, género y/o grupo étnico. En la medida que el concepto de propiedad se basa en una concepción del Estado, deja marginalizados a los grupos que no poseen propiedad y son diferentes y permite la exclusión.

Cuando hablamos de ciudadanía, podemos diferenciar entre ciudadanía política y social. Ciudadanía política se refiere a las distintas formas que uno puede participar en la definición del bien común: el derecho a voto, el derecho de ser elegido, y el derecho de legislar vía referéndum. Antes en la mayoría de los países, los requisitos para tener ciudadanía política era “ser hombre blanco y propietario”, excluyendo a los negros, mestizos, indígenas y mujeres, entre otros. Otro requisito común que excluía a los indígenas era el requisito de saber leer y escribir, un requisito que estuvo vigente hasta 1970 en Chile.

En el siglo XXI, en la mayoría de los países no se excluye formalmente de la ciudadanía política por ser de un grupo étnico, religión ni género.

Sin embargo, la exclusión toma diferentes formas, y es necesario hablar de la exclusión de la ciudadanía social.

### **EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA SOCIAL**

El concepto de ciudadanía social fue desarrollado por T.H. Marshall (1950), y se refiere a compartir plenamente los logros y estándares sociales que ha ido alcanzado la sociedad, o en otras palabras, se refiere a la inclusión social. Con el concepto de ciudadanía social, volvemos a la idea presentada anteriormente de un país en el cual todos los ciudadanos respetan a los otros miembros y que todos tengan no solamente igualdad formal, sino que tengan además igualdad en todos sus derechos: civiles, políticos, sociales, y culturales.

En este mundo ideal, los ciudadanos comparten una cultura societal y política. Ellos son iguales ante la ley y entre ellos. Sin embargo, desde una perspectiva indígena, esta polis ideal no les incluye porque se basa en conceptos occidentales que todavía no ha incorporado la sabiduría indígena. Por definición, para integrarse a este mundo ideal, los indígenas tienen que dejar su comunidad y sus prácticas sociales, religiosas, y políticas, marginalizándose de sus comunidades, su lengua y su cosmovisión. Las personas indígenas están obligadas elegir una cultura por sobre la otra. Casi por definición, una mayor autonomía de los pueblos indígenas implicaría una marginalización de la ciudadanía social ofrecida por el Estado Nacional.

Kymlicka (1989) ha mostrado que la doctrina liberal afirma que el goce de los derechos individuales está mediado por la cultura, y que el reconocimiento de ciertos derechos colectivos (o “diferenciados por grupo”) es necesario siempre y cuando estos contribuyan al goce de los derechos de los individuos. Además, el Estado debe asegurar por igual los derechos colectivos de todos los grupos, y no solamente los derechos de los grupos culturales dominantes. De esta manera, Kymlicka provee una justificación por el control por parte de cada cultura de sus propios sistemas de educación, salud, de resolución de conflicto y de justicia, entre otros. Además, deben existir ciertas “protecciones externas” que preserven a la cultura y su comunidad frente a decisiones de la sociedad dominante, pero no a la inversa. La inclusión de los pueblos indígenas a un Estado-Nacional requiere de este tipo de descentralización.

La realización de la situación ideal propuesta por Kymlicka ha sido complicada en general. Pensamos que esto se debe al impacto producido por décadas de políticas asimilacionistas sobre los pueblos indígenas, las cuales promovían su integración a la sociedad dominante, reduciendo las fronteras grupales, y por lo tanto destruyendo la diversidad cultural. Como consecuencia, la cultura indígena queda subsumida dentro del grupo dominante, asimilando, progresivamente y en una sola dirección, sus pautas de comportamiento, aceptando el sistema clasificatorio impuesto por las elites.

Durante mucho tiempo, las políticas estatales hacia los pueblos indígenas han sido la aniquilación o la asimilación de las personas indígenas a la cultura dominante. Además, a partir de la década de los 70, el Estado aumentó su involucramiento en el funcionamiento de las comunidades indígenas en América Latina (Yashar 2004), frecuentemente usando incentivos económicos para manipular la política interna a las comunidades indígenas. Como consecuencia, las personas indígenas han reaccionado en una de dos maneras. Algunos han incorporado a la sociedad dominante, a través de la asimilación parcial o completa, debido a los costos asociados con la no asimilación. Otros han conservado su identidad, manteniendo una posición fuera de la sociedad dominante. Ambas formas implica una forma de exclusión social, y complican la puesta en práctica de la propuesta de Kymlicka.

### ASIMILACIÓN, DISCRIMINACIÓN Y EXCLUSIÓN

Muchos indígenas desean ser ciudadanos plenos de la sociedad dominante. Por ejemplo, muchos padres indígenas no quieren educación intercultural bilingüe porque quieren que sus hijos hablen bien la lengua de la cultura dominante para poder profesionalizarse y encontrar mejores trabajos en el mercado laboral formal. Otros ni reconocen ser indígenas, sin embargo, hasta la negación completa de su identidad indígena no permite su inclusión como ciudadanías plenas debido a la fuerte discriminación que existe en la sociedad latinoamericana.

La exclusión social existe cuando se niega sistemáticamente el goce de los derechos individuales de ciudadanía social, y se habla de vulnerabilidad social en los casos de personas o grupos que se acercan a un estado completo de exclusión social. La exclusión social puede

ser entendida como una acumulación sucesiva de desventajas que van alejando e “inferiorizando” a personas, grupos, comunidades y territorios con respecto a los centros de poder, los recursos y los valores dominantes (Saraví, 2005). La existencia de exclusión social está asociada con la discriminación, aunque no es limitada solamente a ella.

La discriminación se refiere al trato injusto y dañino de personas debido a su pertenencia en un grupo determinado. Se basa generalmente en la ideología de la inferioridad, que tienden a diferenciar de manera negativa a ciertos grupos o a lesionar sus intereses. La discriminación hacia las personas indígenas se basa en el racismo que opera a través del prejuicio, asimilando determinados rasgos del carácter y/o del comportamiento (agresividad, pasividad, indolencia y otros) a características fenotípicas como el color de la piel, estatura, tipo de cabello. El racismo está relacionado con estereotipos y prejuicios sociales sin fundamento racional o científico.

Una consecuencia de la discriminación en las sociedades latinoamericanas es la segregación espacial y laboral. En relación a los pueblos indígenas, la segregación se refiere a su exclusión en el seno de la sociedad. En el caso de segregación espacial, los pueblos indígenas permanecen apartados, manteniendo distintos estilos de vida de la sociedad dominante. Como resultado, el grupo dominante tiene poca integración social con los pueblos indígenas, mientras que los pueblos indígenas tienen que aprender los códigos sociales del grupo dominante para sobrevivir fuera de sus comunidades.

Otra consecuencia de la discriminación es la segregación laboral, en la cual las personas indígenas quedan limitadas en sus posibilidades de trabajo debido a prejuicios o estereotipos sobre sus capacidades. Por ejemplo, las mujeres indígenas latinoamericanas quedan limitadas a ser “asesoras de hogar”.

Una consecuencia de la discriminación es la presión de asimilar. Frecuentemente, miembros de un grupo discriminado, tratan de aparecer lo máximo posible vinculados al grupo dominante para poder participar en más beneficios en la sociedad. Además, como mencionamos anteriormente, muchos Estados han promovido políticas de asimilación para promover la integración nacional. Como resultado,



hay muchas personas indígenas que no reconocen ser indígenas, y buscan integrarse a la sociedad dominante, pero muchas veces enfrentando la discriminación que los mantiene como ciudadanos de segunda clase.

Otra reacción a la discriminación es la reafirmación y la defensa de su identidad en contraste con la identidad nacional, como está representado en las siguientes declaraciones de dirigentes mapuche.

*“...supuestamente somos parte de este Estado y representamos un 10% de la población y resulta que no estamos representados en ninguna parte. Y eso no es una casualidad, no es porque eso es así, ‘los mapuches son tontos’, ‘los mapuches son esto y lo otro’, no, eso es algo consciente, es algo consciente de que por qué los mapuches están fuera de eso. Entonces aunque en la cosa sí oficial, ¿cierto?, somos parte de esto, en la cosa concreta no somos parte. Entonces por eso a mí muchas veces cuando me han preguntado del asunto: ‘¿y usted es chileno?’, yo digo: ‘no, no soy chileno, soy mapuche’, porque creo que eso muestra más claramente la realidad concreta que decir: ‘sí somos chilenos’, y no somos tomados en cuenta”*

*“...nosotros no nos sentimos integrados a esta sociedad, tampoco se nos dan los espacios para integrarnos, yo diría que es lo que más importante es que no nos interesa integrarnos y que es la otra cara de la medalla: una vez de que se agota un proyecto, por necesidad tú tienes que levantar otro o si no es una cuestión meramente contestataria. Esta opresión se expresa en todos los planos –económico, político, militares, religiosos, culturales, emocionales–... o sea, nuestra cultura, nuestra identidad es considerada por la sociedad chilena, independiente del gobierno que esté, como inferior”.*

Considerando la situación descrita de los pueblos indígenas, es necesario preguntar si los derechos humanos universales nos proveen una herramienta que permite enfrentar el problema de exclusión social de las personas indígenas. La sociedad ofrece ciudadanía social, pero viene con el costo de marginalizarse de su comunidad, y finalmente no se realiza debido a la discriminación social. ¿Es posible en América Latina, la inclusión social de los pueblos indígenas con una ciudadanía social como planteada por Marshall? ¿O es necesario contemplar

autonomía completa como propuesta para muchos movimientos indígenas?

De nuevo, volvemos al doble proceso de exclusión que experimenta las personas indígenas: elegir entre vivir en comunidad en condiciones de pobreza o vivir en la sociedad dominante en mejores condiciones, pero marginalizadas de su cultura. Si queremos terminar con ambas formas de la exclusión social, tenemos que buscar una forma de reconciliar los dos mundos que viven los pueblos indígenas actualmente.

### **LA NECESIDAD DE RECONCILIAR LA IDENTIDAD INDÍGENA CON LOS CONCEPTOS DE CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS**

¿Cómo podemos reconciliar la identidad cultural de los pueblos indígenas con los conceptos de ciudadanía y derechos humanos? Proponemos que no son los pueblos indígenas los que tienen que cambiar, sino que son las definiciones que damos a los conceptos de ciudadanía y los derechos humanos lo que tiene que cambiar. Las nuevas definiciones que surgirán tendrán importantes implicaciones para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas.

Empezamos esta discusión enfatizando las diferencias que existen entre los pueblos indígenas y las culturas occidentales, y es evidente cómo el Estado-Nacional favorece a las culturas occidentales por sobre los pueblos indígenas. Como indicamos en la sección anterior, el concepto de ciudadanía describe la relación entre miembros de una polis, idealmente una relación de iguales en derechos. Considerando la situación actual, su inclusión como ciudadanos plenos permanece un sueño imposible. ¿Cómo podemos construir una polis en una sociedad multicultural donde hay asimetrías de poder? ¿Cómo podemos hablar o llegar a una igualdad entre los pueblos indígenas y las culturas occidentales? En esta sección, presentamos una propuesta para enfrentar el dilema.

Primero, cada uno de nosotros, tenemos que reconocer y saber quiénes somos. La cultura no es estática, y todos nosotros tenemos que definir lo que valorizamos de nuestra cultura y lo que queremos mantener. Debido a la historia de asimilación y aculturación, hemos incorporado nuevos elementos en nuestra cultura tradicional. Para poder integrarnos

a un Estado-Nacional, si decidimos que queremos, tenemos que tener bien claro lo que queremos defender.

Turner (2005) plantea que tenemos que trabajar en clarificar la forma indígena de conocimiento y desarrollar aún más la filosofía indígena, interactuando con la filosofía occidental como persona y pensador indígena. Además, Turner plantea que los intelectuales indígenas tienen que interactuar en forma crítica con las ciencias sociales, mostrando cómo las metodologías, las teorías, y los conceptos usados han “marginalizado, distorsionado, y ignorado” a los pueblos y personas indígenas. En pocas palabras, lo que necesitamos son “guerreros de las palabras” (Turner, 2005: 5). Estos guerreros de las palabras viven en ambos mundos, el mundo indígena y el mundo occidental, y su trabajo es defender políticamente, filosóficamente y legalmente los derechos y la forma de vida desde una perspectiva indígena. Para hacerlo, el guerrero necesita a filósofos indígenas, las personas sabias, de las comunidades indígenas, que viven inmersas en el mundo indígena.

Segundo, el Estado tiene que reconocer los distintos grupos culturales que forman parte del territorio y tiene que empezar a comprender las perspectivas de todos sus ciudadanos, y especialmente las personas indígenas. En general, el Estado sigue tratando a los pueblos indígenas como niños que no tienen la capacidad de participar como iguales en la toma de decisiones, ni al nivel del país ni al nivel local. Aunque la falta de participación democrática se hace presente tanto con personas no indígenas como con personas indígenas, esta falta de democracia no se nota tanto cuando las comunidades locales comparten la misma cultura que el Estado. Sin embargo, la intervención estatal no democrática es chocante cuando se analiza su relación con una cultura diferente como es la cultura indígena. Como consecuencia, el rol que el Estado juega es importante para promover el reconocimiento y valorización de la cultura de los pueblos indígenas por parte de la sociedad no indígena.

Tercero, los guerreros de las palabras deben jugar un rol importante en promover el reconocimiento estatal de los derechos de los pueblos indígenas y en definir una forma de inclusión de los pueblos indígenas que no implique renunciar a su identidad cultural y su forma distinta de conocimiento. Necesitamos desarrollar un diálogo basado en el respeto mutuo de ambas culturas. Aunque parece fácil, la historia nos está entregando muchos ejemplos que han mostrado que no es posible

cuando el poder se ejerce en sola una dirección. La existencia aun de la discriminación y la presión de asimilación trabajan en contra de un diálogo entre iguales.

Sin embargo, los avances en términos del reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas pueden formar la base de una nueva forma de dialogar. Pero en muchos países, como Chile, todavía existe mucha resistencia al reconocimiento formal de los derechos e incluso al concepto de “pueblo” presente en el Convenio 169 de la OIT.

## BIBLIOGRAFÍA

- Assies, Willem, “Diversidad, Estado y democracia: unos apuntes.” En *La democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Alfaguara, 2004.
- Baquedano, Claudia, “Cultura Pewenche: Cambios culturales en Dos Grupos de Comparación.” Tesis de Grado para optar al título de Sociólogo (Financiado por Proyecto FONDECYT N° 1000540). Universidad de Concepción, Chile, 2003.
- Bengoa, José, *Historia del Pueblo Mapuche*, Ediciones Sur, Santiago de Chile, 1985
- Bengoa, José, *Historia de un Conflicto: El Estado y los Mapuches en el Siglo XX*, Planeta, Santiago de Chile, 1999.
- Berger P. and T. Luckmann, *La Construcción social de la realidad*, Amorroutu Editores, Buenos Aires, 2002.
- Bonfil Batalla, Guillermo, “México Profundo: Una civilización negada Secretaría de Educación Pública y Centro de Investigaciones y Estudio Superiores” en *Antropología Social*, México. 1987
- Cernea, Michael M., *Reconstruction and Risk*, World Development 25 (1), 1997.
- Claydon, J., “Internationally Uprooted People and the Transnational Protection of Minority Culture.” *New York Law School Law Review*, Vol.24, 1978.
- Downing, Theodore E., “Mitigating Social Impoverishment when People are Involuntarily Displaced.” In McDowell, Christopher, (editor.) *Understanding Impoverishment: The consequences of development-induced displacement*, Oxford: Berghahn Books, 1996.

- Downing, Theodore. "Mitigating Social Impoverishment when People are Involuntarily Displaced", 2002, [www.ted-downing.com/PAPERS/didi1.htm](http://www.ted-downing.com/PAPERS/didi1.htm)
- Durston, John, *¿Qué es el Capital Social Comunitario? Serie Políticas Sociales. División de Desarrollo Social*, CEPAL, Santiago de Chile. Julio 2000.
- Goebel, Allison, *Process, Perception and Power: Notes from 'Participatory' Research in a Zimbabwean Resettlement Area. Development and Change*, Vol. 29: 277-305, 1998.
- González Parra, Claudio *et al.*, *Estudio para la Delimitación y Desarrollo del Área de Alto Bío Bío* (Chile), Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Concepción, 1996.
- , "Informes de Observación Participativa y Encuestas Realizadas en las Comunidades Reasentadas El Barco y Ayin Mapu". FONDECYT 1000540, 2000-2003.
- González-Parra, Claudio and Jeanne Simon, "The Importance of Local Traditions in International Social Movements: The Case of the Mapuche-Pehuenche Movement in Chile", ponencia presentada en el 42<sup>nd</sup> Annual Convention of the International Studies Association, Chicago, EE.UU., Feb. 2001.
- , "Resettlement, Vulnerability and Social Exclusion: The Case of the Pehuenche Community Ayin Mapu, Chile", presented at the American Sociological Association Annual Meeting, San Francisco, CA, 2004.
- , "Pueblos Indígenas y los Mega Proyectos: El Ejemplo de los pehuenches en el Alto Bío Bío, Chile." En *Human Rights As An Instrument For The Eradication Of Extreme Poverty*, Sweden, Zed Books, 1999.
- Kymlicka, Will, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- MIDEPLAN, *Línea Base Sociocultural: Área de Desarrollo Indígena Alto Bío Bío*, Santiago, MIDEPLAN, 2002.
- Ministerio de Agricultura. *Informe Técnico sobre el Plan de Desarrollo Productivo Predios El Huachi, Santa Laura y El Barco. Concepción*, 1998.
- Morales J.F., D. Páez, J. Deschamps *et al.*, *Identidad Social: Aproximaciones psicosociales a los grupos y a las relaciones entre grupos*, Ediciones Promolibro, Valencia. 1996.
- Nahmad, Salomon, *La perspectiva de Etnias y Naciones: Los pueblos Indios de América Latina*, Quito, Ediciones Abya-Yala, No. 33, 1996.
- Obieta C., José, *El Derecho de la Libre Determinación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

- Seltzer, A., "Acculturation and Mental Disorder in the Inuit", *Canadian Journal of Psychiatry*. Vol. 25, 1980.
- Simon, Jeanne, Claudio González-Parra y Claudia Baquedano. "El Efecto de Reasentamiento sobre la relación tradicional con la Tierra: El Caso de los Pehuenches del Alto Bío Bío", *Revista de Sociología*, Universidad de Playa Ancha, 2003.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, 2004.
- Turner, Dale, "Indigenous Politics and the Discourse of Rights". Paper presented in the American Political Science Association Annual Meeting, Washington, DC., 2005.

## LA POLÍTICA DE CRIMINALIZACIÓN HACIA EL PUEBLO MAPUCHE

*RODRIGO HUENCHULLAN<sup>1</sup>*

Nosotros queremos dar a conocer los abusos de poder de parte de las policías, del Ministerio Público y de los Fiscales por el hostigamiento permanente de que somos objeto de parte del estado y sus agentes.

La comunidad, después de un largo proceso de recuperación de tierras, creíamos que podríamos trabajar en esa tierra recuperada y solucionar los problemas que tenía la gente, ya que era muy reducido el lugar donde vivíamos y éramos muchas familias. Pero después que se recuperó el predio la comunidad empezó con nuevos problemas con hostigamientos policiales. Y dentro del proceso de recuperación hubo personas detenidas, personas condenadas, personas fracturadas por impactos de bombas lacrimógenas. También hubo niños y ancianos con asfixia. Ellos van, hacen su allanamiento, pero no ven el lugar de los niños, allanan hasta los colegios, disparan sus gases disuasivos –que les llaman– donde quedan niños asfixiados. Ahora en la comunidad tenemos niños que están con problemas psicológicos por causa del actuar de los carabineros.

Nosotros creíamos que después de ese largo proceso en que se recuperó la tierra íbamos a poder trabajar tranquilos y empezamos con otros problemas, ya que después de que las tierras fueron devueltas empezaron las acusaciones de distintos organismos del estado y también de particulares.

---

1 *Werken* Comunidad Mapuche de Temuicui.

Yo soy el *werken* de la comunidad de Temucucui Y aunque yo esté acá, la mayoría de los dirigentes de allá no pueden salir ya que están con procesos, con juicios. No pueden salir de la comunidad para decir que aquí se están violando los derechos. Este año hemos tenido cinco allanamientos en la comunidad. En ellos hemos tenido personas baleadas, personas que hoy tienen un largo proceso, personas que tienen más de ocho procesos por denuncias que hacen los particulares, denuncias infundadas donde después de un largo proceso la gente de la comunidad ha estado presa por cuatro a seis meses de investigación y después los tribunales de garantía declaran que las personas son inocentes. Pero los daños generados por la prisión nadie los repara.

Después de esos allanamientos, hemos presentado recursos de protección para nuestra comunidad y ninguno de esos recursos ha sido acogido, sino han sido rechazados. Entonces, hay personas que no pueden salir de la comunidad. La gente no quiere entregarse a la justicia, por la falta de garantía que le dan los tribunales de justicia aquí en Chile; por ello hay personas que han decidido no presentarse a la justicia.

Nosotros creemos que a pesar de las persecuciones, las detenciones arbitrarias y el hostigamiento que están desarrollando en nuestra contra, estamos firmes y convencidos de seguir luchando por los derechos fundamentales que nos asisten como pueblo.



# PERCEPCIÓN DE DIRIGENTES MAPUCHE FRENTE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INDÍGENAS EN CHILE (1990-2000)

SOLEDAD MOLINET HUECHUCURA<sup>1</sup>

*“Nuestra existencia se afirma en dos grandes normas que regulan a la gente entre sí y a la gente con el medio natural que lo rodea. Son los conceptos del Nor y Az...”*

Elicura Chihuailaf,  
Recado Confidencial a los chilenos.

## RESUMEN

La presente investigación corresponde al trabajo final del Diplomado en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas, impartido por la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco y el Observatorio de Derecho de los Pueblos Indígenas.

El tema central versa sobre las percepciones que tienen dirigentes mapuche, frente al ejercicio de los derechos humanos y derechos indígenas, durante la década de 1990-2000. A la vez se centra en indagar el grado de conocimientos que tienen los dirigentes frente a los diferentes instrumentos de protección de derechos, como definen los derechos humanos y derechos indígenas; junto con contrastar su

---

1 Socióloga.

opinión sobre algunas situaciones de violaciones a derechos ocurridos en el país durante la década mencionada.

Un punto importante es conocer cuáles son las demandas o requerimientos que hacen al actual sistema regulatorio, tanto nacional como internacional. Ello indica el involucramiento que los dirigentes tienen en el tema. La selección de los dirigentes se basó en una muestra intencionada, definiendo los siguientes criterios: dirigentes mapuche, representantes de organizaciones de base y con un historial dirigencial, participación de ambos géneros.

La técnica utilizada para la recolección de información es la entrevista estructurada. El análisis de la información se realiza por medio del análisis de contenido (previa transcripción de cada relato) y los resultados se presentan en cuadros que contienen una panorámica general por cada entrevistado, complementado por un breve detalle de lo más relevante por cada grupo de respuestas.

Dentro de los resultados no se puede dejar de mencionar la sensibilidad existente en los entrevistados por el tema, su profunda convicción de que es necesario formarse en ello y traspasar de manera sencilla y pertinente a las bases este tipo de herramientas.

## **1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **a. Fundamentos de la elección del tema**

La inquietud de desarrollar el presente tema de investigación, está muy ligada al interés personal de realizar el diplomado. En el cual se entrecruzan la necesidad de conocer aspectos legales que abordan los temas de derechos humanos y derechos indígenas, cuál es el escenario internacional, y cómo el mundo mapuche se puede sentir respaldado por ello.

Es de ahí que nace la inquietud de conocer si los dirigentes y dirigentas mapuche conocen (y cuánto) sobre estos temas y si validan estos instrumentos en el camino del reconocimiento como pueblo. Necesariamente se debió acotar a qué parte del mundo dirigencial iba

a estar enfocado el estudio, optando por contactar a representantes del territorio mapuche principalmente lafkenche y de Temuco.

**b. Objetivo general**

Analizar las percepciones de dirigentes y dirigentas mapuche en relación al ejercicio de los derechos humanos y derechos indígenas.

**c. Objetivos específicos**

- Indagar sobre los conocimientos de los instrumentos de protección de derechos humanos e indígenas, de parte de dirigentes mapuche.
- Conocer la valoración asignada a los sistemas de protección nacional e internacional de derechos humanos e indígenas.
- Contrastar las demandas de los dirigentes mapuche en torno al derecho internacional y comparado.

**2. MARCO REFERENCIAL**

Los derechos humanos al igual que las sociedades se han ido construyendo paulatinamente, de acuerdo a las necesidades y a sus perspectivas de desarrollo. Cada sociedad ha buscado el orden social y desde ahí ha limitado las acciones de sus individuos.

Desde ese contexto se ha generado una categorización de los derechos individuales y los derechos sociales, desde el punto de vista de quién los ejerce. También se han agrupado de acuerdo a su naturaleza: civiles y políticos, económicos, sociales y culturales; y derechos de los pueblos.

En sí los derechos humanos son universales, irrenunciables, que constituyen un cuerpo integral, único e indivisible y son jurídicamente exigibles.

*Los derechos colectivos que exigen los grupos étnicos y los pueblos indígenas no son universalmente reconocidos, pero en los últimos años ha existido una preocupación por la estructuración de los derechos colectivos. Esta lucha*

*encabezada por los pueblos indígenas, implica que la diversidad cultural del mundo es un recurso cultural de toda la humanidad (Stavenhagen, 1989,31).*

Como antecedente fundamental del presente trabajo se debe conocer desde dónde surge el actual sistema de protección de los derechos humanos y los derechos indígenas.

El surgimiento de las Naciones Unidas (ONU) marca un referente en esta materia, pues en 1945 al finalizar la Segunda Guerra Mundial se quiere “aprender” de las heridas de las guerras, procurando restaurar a las sociedades mediante el acuerdo de: *“velar por la paz y seguridad; fomentar el desarrollo económico y social; garantizar el respeto de los derechos humanos en todo el mundo”*.

Dentro de la ONU se comienzan a gestar espacios para cautelar los derechos de las minorías étnicas e indígenas, es así como se instala la figura de los Relatores especiales, encargados de conocer en terreno las situaciones de quienes se sientan afectados o discriminados. De ahí en adelante se comienza a establecer grupos de trabajo, foros y encuentros en materia indígena, los cuales cuentan con reconocimientos y también con observaciones desde el mundo indígena.

Para el movimiento indígena, el pleno ejercicio de los derechos de sus pueblos tiene relación con el territorio, la autodeterminación, el derecho propio y ejercicio de la cultura. Estos temas han tratado de ser recogidos y contenidos en los diversos instrumentos, algunos con más eficacias que otros, pero la mayoría de los Estados mantienen deudas en algunos de estos aspectos con sus pueblos originarios.

Otra instancia que también ha generado un escenario de protección a los derechos, es la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual nace en 1948. Desde este sistema se desprenden dos órganos fundamentales:

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos

La primera encargada de la promoción y protección de los derechos, y de recibir peticiones y “quejas” de grupos o personas. La segunda

instancia “*ejerce funciones jurisdiccionales obligatorias, al interpretar y aplicar las disposiciones de la convención*”.

De la OEA se desprenden otra serie de instrumentos, como la Carta de la Organización de Estados Americanos, y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

Así podemos decir que desde mediados del siglo XX se fortalece el trabajo en pos de los derechos humanos, que con el tiempo demanda una especificidad en su análisis, colocando en el tapete los derechos indígenas.

Como se decía anteriormente, desde el mundo indígena se valora la preocupación y la generación de instrumentos, pero también se tiene una mirada crítica, cuestionando la universalidad de los derechos, no respetando las diferencias culturales existentes entre los pueblos. Desde este último punto se desprende la necesidad de abordar los derechos indígenas de manera colectiva y no individual, lo que establece otra forma de ejercer el respeto a tales derechos.

En el caso de los pueblos indígenas de América, se ha revisado y se ha requerido a cada Estado considerar las especificidades de cada pueblo, comenzando por reclamar el reconocimiento como pueblos distintos y diversos. Estas demandas han sido recogidas por algunos Estados, logrando contar con dicho reconocimiento y con la inclusión de tratados y convenios internacionales.

### **3. MARCO METODOLÓGICO**

#### **a. Tipo de investigación**

La investigación es de carácter cualitativa, de tipo descriptivo-explicativo, y de corte transversal, es decir, en un tiempo definido y limitado.

### **b. Instrumento de recolección de la información**

Se utilizó como instrumento la entrevista<sup>2</sup> estructurada, definida en tres campos de acción: caracterización del entrevistado/a, conocimientos de instrumentos de protección de derechos humanos y derechos indígenas; y demandas dirigenciales al derecho comparado e internacional. Los dos últimos temas mencionados contenían preguntas abiertas en las cuales se extendía el entrevistado/a.

### **c. Selección de la muestra de estudio**

La muestra del estudio fue no probabilística, es decir, intencionada. Con establecimientos de los siguientes criterios: dirigentes mapuche, representantes de organizaciones mapuche, participación de ambos géneros. No se considera la edad como relevante, solo como dato anexo.

### **d. Proceso de recolección de información**

Una vez diseñada la entrevista, se procede a realizar tres pruebas pilotos, que llevaron a afinar las preguntas con respecto al conocimiento de los instrumentos de protección de derechos humanos y derechos indígenas, optando por presentar un cuadro anexo con varios de ellos (tratados, instrumentos/convenios). Así el entrevistado reconocería de cuál de ellos tenía noción.

Luego de revisada la entrevista se procede a contactar a los dirigentes y dirigentas. Las entrevistas se realizan en lugares definidos por ello/as (domicilios particulares y centros comunales). El promedio de diálogo en la entrevista es de 1 ½ hora, de manera pausada y relajada. El tiempo ocupado en concertar las entrevistas y desarrollarlas fue de un mes. Las entrevistas fueron trascritas para su posterior análisis de contenido.

---

2 Se anexa pauta de entrevista.

4. CARACTERIZACIÓN DE LOS ENTREVISTADOS

a. Cuadro resumen de caracterización

Cargo Actual	Sexo	Edad	Lugar de Nacimiento	Residencia Actual	Escolaridad	Dominio Lengua Mapuche	Experiencia Dirigencial
Directora Centro de medicina Mapuche Mapuche ñi Lawentiwun	Femenino	48	Temuco	Temuco	Universitaria Completa	Básico	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tesorera Folilche Aflaiay (Santiago)</li> <li>- Representante Folilche Aflaiay (Uruguay)</li> <li>- Delegada Ad-Mapu (Santiago)</li> <li>- Secretaria</li> <li>- Coordinadora de Salud de Nueva Imperial</li> <li>- Secretaria Asociación Mapuche Newen Tuleañ (Nueva Imperial)</li> <li>- Presidenta, Tesorera, Secretaria de curso hija (Temuco)</li> </ul>

<p>Coordinadora Pastoral Mapuche de Carahue</p>	<p>Femenino</p>	<p>45</p>	<p>Comunidad Mapuche Mulato Calvuin Carahue</p>	<p>Comunidad Mapuche Mulato Calvuin</p>	<p>8° Básico</p>	<p>Bueno</p>	<p>- Presidenta Grupo Juvenil Carahue                      - Catequista y animadora comunidad cristiana Lolocura                      - Presidenta Taller Laboral de la Comunidad Mapuche                      - Secretaria Comunidad Mapuche Mulato Calvuin                      - Tesorera y Secretaria Comité de Pequeños Agricultores Sector Lolocura, Carahue                      - Coordinadora Consejo Parroquial Mapuche (Carahue)                      - Coordinadora a Nivel Decanato Parroquial</p>
---	-----------------	-----------	---	---	------------------	--------------	---



Vicepresidente Asociación Mapuche Newen pu Lafkenche	Masculino	26	Weñaliwen Carahue	Weñaliwen Carahue	5° Medio Liceo Comercial	Básico	- Presidente y Secretario Asociación Mapuche Newen pu Lafkenche (Carahue) - Integrante Comisión Política Identidad Territorial Lafkenche (Temuco) - Encargado Comunicaciones Identidad Territorial Lafkenche (Temuco)
Secretaria Centro Intercultural Las Raíces	Femenino	42	Cullinco Chol Chol	Temuco	Universitaria Completa	Básico	- Tesorera Centro Intercultural Las Raíces (Temuco) - Integrante Asamblea Mapuche de Izquierda (Temuco) - Presidenta, Tesorera, Secretaria de curso hijas (Temuco)

## **5. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS**

### **a. Desarrollo del análisis**

Una vez transcritas las entrevistas se procede a realizar el análisis de contenido, el cual consiste en categorizar las ideas centrales de cada respuesta, para luego dar un orden lógico de discurso.

### **b. Resultados del análisis**

Los resultados se obtienen de la interpretación de las categorías generadas, apoyado siempre por citas textuales enunciadas por los entrevistado/as.

## 6. PRINCIPALES RESULTADOS

A continuación se presentará una síntesis del análisis de cada pregunta, con un comentario final en relación a ellas:

### a. Conocimientos de Instrumentos de protección de Derechos Humanos y derechos indígenas

	¿Qué entiende Ud. por derechos humanos?	¿Qué entiende Ud. por derechos indígenas?	¿Ve Ud. diferencias entre estos dos derechos?	¿Qué organismos/ Instituciones/ legislaciones conoce Ud. que protejan los derechos humanos e indígenas?	¿Cuál es su opinión sobre estos organismos?	Puede mencionar algunos casos donde se hayan violado los derechos humanos o los derechos indígenas en nuestro país durante la década 1990-2000	En los casos mencionados ¿han funcionado los organismos de protección?
--	---	---	---	---	---	--	--

Entrevistado 1	<p>- Es un derecho individual</p> <p>- Es lo que alude a cada persona</p>	<p>-Derecho colectivo de pueblo</p> <p>- Involucra reconocimiento, territorio</p>	<p>- Uno es individual y el otro es de pueblo (Colectivo)</p>	<p>- ONU</p> <p>- OEA</p> <p>-Comisión Interamericana DDHH</p> <p>- Corte Interamericana DDHH</p> <p>- Declaración Universal de DDHH</p> <p>- Convenio OIT</p> <p>- Convención sobre los Derechos del Niño</p> <p>- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</p> <p>-Convención Americana de DDHH</p> <p>- Proyecto de declaración universal sobre los derechos de las poblaciones indígenas</p> <p>- Consejo Indio Sudamericano</p> <p>- Consejo Mundial de Pueblos Indígenas</p> <p>- Asociación Latinoamericana DDHH</p> <p>- Comisión DDHH Chilena</p> <p>- Vicaría de la Solidaridad</p>	<p><b>Organismos nacionales:</b></p> <p>instancia para mantener los diversos temas, tienen voz pero les falta tomar decisiones</p> <p><b>Organismos Nacionales:</b></p> <p>poco efectivos, los logros son por los movimientos sociales</p>	<p>- Detención y encarcelamiento de autoridades dirigentes y mapuche</p> <p>- Formas en que la fuerza armada aplica su accionar allanamientos, hostigamientos</p>	<p>- No, aunque se vive en democracia</p> <p>- Prima un interés económico sobre los derechos</p>
----------------	---	---	---	--	--	---	--

Entrevistado 2	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho de toda persona de ser respetada</li> <li>- Vivir dignamente</li> <li>- Derecho individual</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho a una cultura diferente</li> <li>- Cosmovisión diferente como pueblo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los DDHH abarcan toda la humanidad</li> <li>- Derecho de un pueblo a ejercer sus propios derechos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ONU</li> <li>- OEA</li> <li>- Comisión Interamericana de DDHH</li> <li>- Corte Interamericana DDHH</li> <li>- Declaración Universal de DDHH</li> <li>- Convenio OIT</li> <li>- Convención sobre los Derechos del Niño</li> <li>- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</li> <li>- Proyecto de declaración universal sobre los derechos de las poblaciones indígenas</li> </ul>	<p>La gente no los conoce, los dirigentes deberían estar más al tanto</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Es la década del movimiento indígena</li> <li>- Etapa de recuperación de tierras, mucha represión a las comunidades</li> <li>- Detención y prisión de lonkos y dirigentes mapuche</li> </ul>	<p>No funcionó ninguno</p>
----------------	--	--	---	---	---	---	----------------------------

<p>Entrevistado 3</p>	<p>- Derecho a vivir en su máxima expresión</p>	<p>- No todas las personas tienen la calidad para ejercerlo. - Está arraigado a la naturaleza, a los espíritus a lo tradicional</p>	<p>Son diferentes, pero se enmarcan dentro de los DDHH</p>	<p>- ONU - OEA - Comisión Interamericana de DDHH - Corte Interamericana DDHH - Declaración Universal de DDHH - Convenio OIT - Convención sobre los Derechos del Niño - Convención Americana sobre DDHH - Proyecto de declaración universal sobre los derechos de las poblaciones indígenas - Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas - Instituto de Estudios Indígenas UFRO - Comunidad andina de Naciones - Carta Andina de DDHH - Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas</p>	<p><b>Organismos nacionales:</b> son una instancia facilitadora, pero falta más resolución, no son 100% efectivos</p> <p><b>Organismos nacionales:</b> son de ayuda, se complementan, no hay mucha preocupación y piden reconocimiento</p>	<p>- Caso Ralco - Detenciones a dirigentes mapuche en el proceso de recuperación de tierras - Detención de lonkos - Represión en la forma de actuar de carabineros - Muerte impune de Alex Lemun</p>	<p>No funciona ninguno de los organismos</p>
-----------------------	---	---	--	---	--	--	--

Entrevistado 4	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derechos de cada persona, inalienables, universales</li> <li>- Divididos en civiles, políticos, económicos, sociales y culturales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho de un pueblo, identidad.</li> <li>- Autodeterminación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los DDHH son universales, iguales para cada persona</li> <li>- Los DDII son de los pueblos, se diferencian culturalmente</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ONU</li> <li>- OEA</li> <li>- Comisión Interamericana de DDHH</li> <li>- Corte Interamericana DDHH</li> <li>- Declaración Universal de DDHH</li> <li>- Convenio OIT</li> <li>- Convención sobre los Derechos del Niño</li> <li>- Convención Americana sobre DDHH</li> <li>- Proyecto de declaración universal sobre los derechos de las poblaciones indígenas</li> <li>- Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas</li> <li>- Vicaría de la Solidaridad</li> <li>- Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos</li> <li>- CINPRODH</li> </ul>	<p><b>Organismos nacionales:</b> Están en el papel, pero falta efectividad</p> <p><b>Organismos Nacionales:</b> funcionan de acuerdo a las demandas de los movimientos</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Detenciones masivas en la recuperación de tierras construcción central</li> <li>Ralco.</li> <li>- Encarcelamiento de lonkos y dirigentes mapuche</li> </ul>	No funcionan, Ralco lo demostró
----------------	---	---	--	--	--	--	---------------------------------

En las primeras cinco preguntas se buscaba indagar sobre el nivel de conocimientos de los conceptos de Derechos Humanos y Derechos Indígenas, frente a ello, existía una claridad de que uno es universal (derechos humanos) y el otro corresponde a un pueblo, es colectivo.

En el caso de las instituciones, organismos o legislaciones, se presentó un cuadro a los entrevistados/as donde estaban contenidas varias de ellas, tanto del sistema universal, como del interamericano. En él tuvieron que marcar aquellas que conocían (no necesariamente en profundidad), agregando las que consideraran necesario. Es así como tres de los entrevistados anexan instituciones y organizaciones más locales, como la Vicaría de la Solidaridad, Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, entre otros.

La opinión que tienen sobre los organismos de protección de los derechos humanos y derechos indígenas, no es favorable; tanto para el caso nacional como internacional. De lo nacional sienten que no existen los instrumentos suficientes, ni los más validos (como lo es el Convenio 169 de la OIT); en lo internacional, sienten que están muy lejanos, que son instancias más bien pasivas, de un control social muy escaso y que su labor es poco conocida. En el caso de los convenios, tratados y declaraciones, sienten que son necesarios, que han escuchado de ellos, pero que falta su socialización de manera más sistemática y a las bases (dirigentes, organizaciones). *“Los organismos internacionales tienen voz, pero no han sido un gran aporte. La ONU responde a otro tipo de intereses... a nivel nacional ocurre lo mismo, a la ley indígena algo de provecho se le puede sacar, pero es porque el movimiento indígena lo ha logrado”*<sup>1</sup>.

Con respecto a las situaciones de violaciones a los derechos humanos y derechos indígenas, a pesar que había una década definida, todos los entrevistados se refirieron al caso de los lonkos (Aniceto Norín, Pascual Pichún) y dirigentes encarcelados desde el año 2003. Consideran que esto ha generado un actuar arbitrario de la fuerza pública, se han desprendido otras acciones violatorias (allanamientos) y lo más grave, la impunidad frente a los actos (muerte joven Alex Lemun).

---

1 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as



Dos de los entrevistados, ya dentro del contexto de la década 1990-2000, señalan como caso emblemático la construcción de la central Ralco. Para ellos grafica muy bien la utilidad, o no, de la legislación, los convenios y tratados. Este caso los deja sin explicación y sienten que faltan más herramientas para ejercer efectivamente los derechos indígenas.

También dentro de la década se menciona el proceso de recuperación de tierras, que originó una respuesta del Estado represiva y marcó al movimiento indígena que resurgía en el marco de los 500 años de la llegada de los españoles. Dos de los entrevistados vivieron muy de cerca el proceso, participando de organizaciones y de la recuperación de tierras, conociendo todo lo que originó posteriormente la respuesta del Estado.

*“En la década del movimiento indígena, se nos acusó de subversivos, terroristas y por eso quedaron procesados algunos hermanos. Fue un momento duro y quizás ahí comienza a resucitar el pueblo mapuche. Fue la etapa de recuperación de tierras, ahí se vivió la injusticia en carne propia...”<sup>2</sup>.*

Existió unanimidad al calificar que todos los instrumentos o legislaciones a favor de los derechos humanos e indígenas, no funcionaron en los casos que ellos detallaron. Se hizo énfasis en que Chile se encuentra en democracia y siguen ocurriendo esas situaciones.

*“Claramente no ha funcionado nada, con los casos antes mencionados, no solo afecta al detenido, sino que a su familia, lo más terrible, es que estamos en democracia y ocurre esto. Prima más el desarrollo monetarista. Cuando entregan tierras está todo lejos, están dividiendo y sacando a las familias. No se apoya un desarrollo con identidad, de esa forma desarticulan todo la restitución de tierras es un negocio para el usurpador”<sup>3</sup>.*

2 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as.

3 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as.

b. **Demandas dirigenciales al derecho comparado e internacional**

	<p>Conoce de alguna experiencia internacional sobre protección o pleno ejercicio de los derechos indígenas</p>	<p>Su organización ha realizado alguna demanda al Estado chileno (o a instituciones de este) respecto al ejercicio de los derechos humanos o indígenas</p>	<p>Cómo dirigente qué demanda haría al sistema jurídico nacional e internacional</p>	<p>Qué aspectos de la cultura mapuche son necesarios incorporar en la sociedad chilena para el ejercicio pleno de los derechos humanos e indígenas</p>	<p>Señale algunas acciones a seguir, a su juicio, por el mundo mapuche para la defensa de los derechos indígenas</p>
--	--	--	--	--	--

Entrevistado 1	<p>Sí, en Canadá cuentan con representantes en el parlamento, tienen su forma de vida organizada bajo la autonomía de sus espacios. El Pueblo Sami en Finlandia, cuenta con el derecho a su idioma en todas las escuelas, también administran sus recursos naturales</p>	<p>Sí, la demanda básica ha sido el reconocimiento como pueblo, la administración de nuestros recursos naturales y el reconocimiento de los tratados internacionales favorables a los pueblos indígenas</p>	<p><b>Nacional:</b> Reconocimiento constitucional como pueblos originarios, tener acceso a nuestra propia medicina, a la educación intercultural, territorio, que se anule la ley antiterrorista aplicada a los mapuche <b>Internacional:</b> Que se ejerza una verdadera presión a los países que no cumplen los tratados</p>	<p>El valor de la cultura, la cosmovisión, el respeto, no olvidar de dónde provenimos</p>	<p>Demostrar con consecuencia que somos capaces de velar por nuestro propio desarrollo Seguir requiriendo la aprobación del Convenio 169 de la OIT</p>
Entrevistado 2	<p>Sí, pero de casos específicos no me acuerdo, lo único que sé es que la mayoría está mejor que los pueblos originarios de Chile</p>	<p>Sí, cuando pertenecía al Consejo de Todas las Tierras, en 1992, se interpuso una demanda en la Corte Interamericana de DDHH, por los casos de recuperación de tierras</p>	<p><b>Nacional:</b> Reconocimiento como pueblo, ejercer nuestros derechos como mapuche, tierra, territorio, autonomía <b>Internacional:</b> Que se sea más ágiles en las resoluciones y controlen si se cumplen efectivamente</p>	<p>Poner nuestros valores por sobre todo, unirnos como pueblo, ya que las religiones y los partidos políticos nos han dividido</p>	<p>Reunimos las diversas identidades territoriales, con las autoridades tradicionales para analizar hacia dónde queremos llegar, dejando de lado los intereses personales</p>

Entrevistado 3	Nicaragua, caso Awas Tingni. Experiencias de algunos pueblos de la Amazonia	Sí, la tramitación de la Ley de Espacios Costeros de los Pueblos Originarios Reconocimiento constitucional y la aprobación del convenio 169 de la OIT	<p><b>Nacional:</b> Aprobación del Convenio 169 de la OIT, que el Estado reconozca el derecho indígena</p> <p><b>Internacional:</b> Más control y difusión de los casos de reciben</p>	Los valores mapuche, la cosmovisión, el idioma	Exigir el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT, ratificar convenios internacionales a favor de los pueblos indígenas, terminar con la represión a las comunidades mapuche, exigir una verdadera justicia a los casos que han quedado impunes
Entrevistado 4	Caso de Canadá, Australia, Guatemala	Sí, demandas en defensa de los lonkos encarcelados	<p><b>Nacional:</b> Reconocimiento como pueblo, terminar con los presos políticos mapuche, devolución de las tierras usurpadas, autonomía y territorio.</p> <p><b>Internacional:</b> Hacer que los países respeten los acuerdos suscritos</p>	La forma de ver la vida, la cosmovisión	Unidad en la acción, en la discusión y en la movilización, dejar de lado los caudillismos y convocar al meli wixan mapu como coordinador de acciones

El nivel de conocimientos sobre experiencias de otros pueblos indígenas, no es muy amplio, y más bien lo conocen de manera superficial. Lo que manifiestan como convicción es que por lo general están mejor que en Chile (señalan que la mayoría cuenta con reconocimiento como pueblo, se han ratificado tratados, entre otros temas), como

*“el caso de Canadá, donde los Pueblos indígenas cuentan con representantes en el parlamento por derecho propio, tienen su forma de vida organizada bajo un estado, con autonomía de sus espacios. Otro caso es Finlandia, donde el pueblo sami cuenta con el derecho a su idioma en cada escuela, no importa si los niños son indígenas o no, ellos aprenden el idioma de igual manera, también administran sus recursos naturales, se han desarrollado de acuerdo a su cosmovisión. Eso es realmente pluriculturalidad, es verdaderamente respetado y reconocido”<sup>1</sup>.*

Las demandas realizadas como dirigentes (tanto formales canalizadas, declaraciones públicas, demandas legales) dicen relación principalmente con el reconocimiento como pueblo. Otras se relacionan con la denuncia de la actitud del Estado, de abuso y de no garantizar el ejercicio pleno de los derechos. Para el caso internacional demandan mayor fiscalización a los Estados y difusión de sus funciones como institución. Los sentirían como aliados, pero falta la “certeza de qué es lo que hacen”.

En el tema de qué aspectos de la cultura mapuche incorporarían a la sociedad chilena, hubo pleno acuerdo que serían los valores, entendidos como los valores fundamentales del ser mapuche: *newence* (tener fuerza como persona), *norche* (ser de palabra), aspirar a tener el conocimiento (*kimunce*) y ser justo.

*“Los valores de la cultura, la cosmovisión, el respeto, la solidaridad, colectivismo, la humildad, perseverancia. No olvidar de donde somos, el trato hacia el otro, la gente... saber escuchar”<sup>2</sup>.*

Señalan que la cosmovisión es integral y que es muy difícil posicionar un aspecto por sobre otro, por ello señalan que el idioma también

1 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as

2 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as

debiera estar presente, como una forma de mantener activa y viva la esencia de ser mapuche.

Las acciones a seguir claramente se relacionan con las demandas establecidas al Estado: reconocimiento, ratificación Convenio 169 OIT, territorio y tierras. Asimismo plantean un llamado interno, a la unión, a presentarse con propuestas claras y serias que aglutinen y no dividan.

*“Sería bueno juntar a diversas autoridades mapuche de diferentes territorios, conversar el tema y ver por qué no podemos lograr ejercer nuestros derechos... es la única manera de trabajar unidos, escucharlos y entre todos buscar una solución, al final el problema es uno solo: el territorio”<sup>3</sup>.*

## 7. REFLEXIONES FINALES

Hablar de derechos humanos en Chile implica adentrarse en múltiples historias de dolor que buscan verdad y justicia. Se ha caminado, pero a paso lento, quedando muchos casos todavía en la impunidad.

Si nos adentramos en los derechos indígenas nos encontramos con el escenario mediático que cataloga de “conflictivas” las demandas territoriales y de reconocimiento que realizan los pueblos originarios, principalmente el mapuche. De parte del Estado se judicializa una demanda social, sembrando en la opinión pública desconcierto e ignorancia de cómo entablar verdaderas relaciones interculturales.

Desde el movimiento indígena se han hecho múltiples esfuerzos por avanzar en materia de derecho indígena, se ha insistido en la necesidad de reconocer constitucionalmente a los pueblos originarios, en ratificar el Convenio 169 de la OIT que garantiza derechos territoriales y autonomía; y por cierto se aspira a reformar la actual ley indígena la que se ha visto sobrepasada.

Al conocer las opiniones de dirigentes y dirigentas sobre los derechos humanos y derechos indígenas, estos/as sin duda valoran la existencia de una normativa universal en torno a los derechos humanos y con

---

3 Opinión expresada por uno de los entrevistado/as

mayor fuerza reclaman un efectivo marco regulatorio sobre los derechos indígenas. Consideran que es necesario dar el paso desde lo discursivo a la acción, reconociendo responsabilidades compartidas (Estado/pueblos originarios) en esta tarea, tal como la necesidad de conocer más sobre los sistemas de protección de derechos, comprender el lenguaje desde donde se les sanciona y, por sobre todo, posicionar un discurso fundamentado.

Frente a las experiencias de otros pueblos originarios del mundo, en materia de derechos indígenas, pareciera ser que no se conoce mucho, más bien existe una sensación de que se está mejor que en Chile. Quizás el hecho de que Bolivia tenga un presidente indígena fortalezca el espíritu de que sí es posible lograr cambios en la estructura sociopolítica de un territorio y avanzar en el camino de la interculturalidad, pero ahora desde el referente indígena.

Haber compartido estos diálogos con dirigentes y dirigentas posiciona nuevos desafíos en torno a la necesidad de formarse e informarse en materias de derechos humanos y derechos indígenas, canalizar las demandas en las instancias adecuadas, ejercer el derecho propio como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y avanzar en la imperiosa necesidad de terminar con la represión, hostigamiento y judicialización de las demandas legítimas de un pueblo, en este caso el mapuche.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bengoa, J., *Historia de Un Conflicto*, Ed. Planeta, 2002.  
Chihuailaf, E., *Recado Confidencial a los Chilenos*, Ed. LOM, 1999.  
Instituto de Estudios Indígenas UFRO. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Ed. LOM, 2003  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas*, 2003  
Klaus Krippendorff, *Metodología de Análisis de Contenido*, Ed. Paidós, 1997  
León O., *Diseño de Investigaciones*, Ed. Mc Graw Hill, 1993.  
Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile: balance del 2004”. Documento de Trabajo N° 1.





**TERCERA PARTE**

**DERECHOS DE AGUA DE PUEBLOS INDÍGENAS**

**Y COMUNIDADES CAMPESINAS**

**EN LOS PAÍSES ANDINOS**



**AGUA SUBTERRÁNEA: DERECHOS COLECTIVOS,  
AUTONOMÍA, MERCADO Y JUSTICIA  
AMBIENTAL EN EL TERRITORIO LICKANANTAY  
(DESIERTO DE ATACAMA, CHILE)**

*ALONSO BARROS VAN HÖVELL<sup>1</sup>*

**RESUMEN**

Un conjunto disperso de leyes regula la exploración y la explotación de aguas subterráneas en el Norte Grande. Su implementación no ha estado exenta de conflictos en relación con los derechos de los pueblos indígenas, así como con el mercado de asignación de derechos de aguas en un contexto de escasez, la titularidad de la tierra y la gobernanza hídrica, involucrando el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Considerando el caso Lickanantay o atacameño, el artículo aclara las posibilidades que ofrece el marco normativo chileno para contrabalancear los efectos del acaparamiento, monopolización, despilfarro y escasez de agua. Demuestra cómo el ejercicio de los derechos colectivos sobre el agua, incluyendo el principio del consentimiento, previo, libre e informado, mejora la gestión ética de los recursos naturales hacia una mayor justicia ambiental, con efecto en el resto de la sociedad.

---

1 Abogado. Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo Arqueológico R. P. Gustavo Le Paige, s. j. (IIAM), Universidad Católica del Norte, San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta. Proyecto FONDECYT N°11060534 “Discriminación, identidad y desigualdad en períodos de crisis: etnohistoria jurídico-política de San Pedro de Atacama y Chiuchiu (s. 19-21)”.

## INTRODUCCIÓN

El Estado chileno ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial bajo el gobierno de Salvador Allende, el 20 de octubre de 1971. En su cláusula inicial, el texto afirma que la expresión ‘discriminación racial’ denota *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida privada”*. Este trabajo explora cómo es que el racismo estructura la brecha de desigualdad que afecta especialmente a los pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe<sup>2</sup>, a la luz del acceso que tiene el pueblo atacameño a sus aguas ancestrales, y de la evolución jurisprudencial en la materia.

La Ley Indígena chilena reconoce textualmente la propiedad de los pueblos indígenas del Norte de Chile, sobre las aguas, tierras, recursos y territorios ocupados tradicionalmente, exigiéndole al Estado terminar su saneamiento administrativo –escrituración, entrega e inscripción de títulos– para 1996 (Barros 2004). La falta de implementación oportuna de esta norma ha tenido graves consecuencias en relación con el régimen de concesión de derechos sobre aguas subterráneas, y en la mínima participación ciudadana (incluyendo la indígena) ante megaproyectos extractivos en los humedales altoandinos.

La discriminación de que hablamos alude más bien a la conducta real en ese sentido, a la sistematización y operacionalización del prejuicio, y a sus efectos en las políticas públicas. Analizamos el menoscabo que padecen los indígenas en el ejercicio del derecho humano *civil* fundamental a la propiedad, y la estrategia relativamente exitosa que han adoptado algunas comunidades para obtener justicia ambiental.

---

2 Retomando a Giddens (1991), consideramos que el prejuicio y la ignorancia, son la base del racismo en contra de grupos humanos, y *“se refiere a las opiniones o actitudes mantenidas por los miembros de un grupo respecto a los de otros [lo que] implica sostener puntos de vista preconcebidos sobre un individuo o un grupo, basados con frecuencia en habladurías más que sobre pruebas directas, perspectivas que son reacias al cambio incluso frente a nuevas informaciones”* (citado en Bello y Rangel 2000, 8).

Nuestra hipótesis considera al racismo como un producto de actitudes excluyentes y minimizadoras ejercidas por diferentes grupos que se consideran a sí mismos como elites respecto de otros, y que validan y refuerzan mecanismos estereotípicos de rechazo (clásica, pero no solamente, hacia “indios” y “rotos”).

Unido a la micropolítica neoliberal desterritorializada, basada sobre una matriz de derechos individuales, el racismo termina operando un ‘cierre’ discriminatorio en el ámbito colectivo y por extensión, también en el individual (estratificando y excluyendo) endureciendo las asimetrías sociales sobre la base de criterios y estatutos identitarios ‘administrables’ (mujeres, indígenas, niños, inválidos, familia, etc.). En efecto, los programas discursivos de la ‘igualdad’ y de la ‘identidad’ son los términos actuales de la brecha socioeconómica que todos los sectores políticos reconocen en Chile.

Derivaría, en parte, de la competencia injusta e inequitativa por recursos ocupados y reclamados como propios por pueblos indígenas, pero que el Estado considera ‘fiscales’, y las industrias extractivas ‘naturales’. Al poner en valor las culturas del agua, se hace evidente la necesidad de una nueva cultura del agua que operacionalice la diversidad cultural hacia una gestión ética del agua, que ponga freno al actual patrón de discriminación propietaria que favorece los abusos, acaparamientos, despilfarros, la monopolización y la injusticia<sup>3</sup>.

Existe un fuerte rezago en la implementación de las leyes que consagran y cautelan los derechos territoriales atacameños (reclamados legal y formalmente desde hace más de diez años) (Barros 2004, 2006). Estos derechos postergados incluyen la propiedad subsuperficial sobre las aguas subterráneas, las vegas, los bofedales y otros humedales y acuíferos en la Región de Antofagasta o ‘de la Minería’<sup>4</sup>. Poniéndonos

---

3 Como se ha demostrado contundentemente, junto a los afrolatinoamericanos, los indígenas de América constituyen una suerte de ‘termostato’ de las tensiones sociales asociadas a la pobreza en América Latina. (Psacharopoulos y Patrinos, 1994; Hall y Patrinos, 2005; Busso, Cicowies y Gasparini, 2005 y World Bank, 2006). Todos los indicadores señalan la clara relación que existe entre la desigualdad económica y la discriminación étnica y/o racial.

4 La ley de Concesión geotérmica ha abierto un nuevo frente de disputa: otorgada la concesión respectiva por el Ministerio de Minería, el concesionario obtiene ‘por el solo ministerio de la ley’ el derecho a explotar las aguas subterráneas juzgadas necesarias a su faena. Esta normativa abre la puerta a renovadas especulaciones sobre recursos protegidos

en el caso atacameño, veremos como el rol del MBN en tanto juez y parte ha producido inseguridad respecto a la calidad jurídica de las territorialidades y propiedades indígenas, lo que a su vez ha resultado en una relativa desprotección y destrucción de los humedales altoandinos. La vulnerabilidad de los recursos naturales atacameños no se debería, entonces, a una insuficiencia legal, sino que a prácticas discriminatorias que hacen que las leyes sean inefectivas.

A esto se suma el difícil acceso a la justicia que, en general, padecen los indígenas en Chile, incumpliendo el Estado de este modo, también, su obligación internacional de velar por la distribución equitativa y sustentable de los beneficios derivados del patrimonio material e intelectual indígena<sup>5</sup>.

La relativa indefensión en que se encuentra la propiedad atacameña constituye un claro caso de ‘racismo ambiental’, uno de múltiples orígenes y facetas. Ante esto sugerimos que más allá de las invocaciones legales –incluso las del derecho internacional–, cualquier solución ética a la actual encrucijada atacameña, debe basarse en mecanismos de participación implementados para la obtención del consentimiento, previo, libre e informado (siglado FPIC en inglés) de las comunidades indígenas en cualquier decisión que las afecte, incluyendo la posibilidad de vetarlas.

Analicemos los extractos pertinentes de la Ley Indígena para luego ir viendo sus implicaciones a la luz de otras leyes.

## **1. LEY INDÍGENA Y PROPIEDAD SOBRE LAS TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES INCLUYENDO EL AGUA**

Los pueblos e individuos tienen derechos que desconocen; para eso, estudian los abogados. La Ley 19.253 de 1993 o Ley Indígena tiene cuatro bases fundamentales en materia de tierras y aguas:

---

como las vegas y bofedales del interior del Norte Grande.

5 Art. 8 j) de la Convención de la Biodiversidad o CBD.

- Señala que es deber de la sociedad en general y del estado en particular “*proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico*” (Art. 1).
- Reconoce a los indígenas el uso y *propiedad ancestral* de las tierras y aguas comunitarias y patrimoniales.
- Reconoce la tierra “*como fundamento principal de su existencia y su cultura*” (Art. 1).
- Exige el respeto a sus costumbres y tradiciones, incluyendo las nociones propias sobre propiedad territorial, estableciendo para los servicios del Estado, la obligación de escuchar y considerar las opiniones de las organizaciones que reconoce, lo que se entiende referido al principio del consentimiento previo libre e informado. (Arts. 18, 34, 54, 63, etc.).

En efecto, “*por exigirlo el interés nacional*” (Art. 13), la Ley instaura un régimen particular de protección a las tierras indígenas que el Art. 22 y otras normas hacen extensible a las aguas indígenas. También admite que los pleitos sobre “*derechos reales*” entre indígenas se puedan resolver de acuerdo a la costumbre, (Art. 52). Por si fuera poco, la ley contempla un régimen especialísimo de tierras y aguas para los atacameños, aymaras y “*otras comunidades Indígenas del Norte del país*” (Art. 62).

*“Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. 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”. La norma añade que “no se otorgarán nuevos derechos de aguas 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”*(Art. 64)<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> En la I Región de Iquique, CODELCO ha reconocido formalmente que el vocablo ‘acuífero’ incluye a las aguas subterráneas (comunicación personal de Bob Brkvic, Abogado de la Subdirección Norte de la CONADI). (El subrayado del texto citado es del autor).

Tanto en relación con esta, como con aquellas que enuncian las autorizaciones requeridas para explorar y explotar aguas subterráneas, las normas que amparan las aguas altoandinas deben entenderse complementariamente, respetando la propiedad indígena sobre las vegas y bofedales. Esto, porque el Estado chileno reconoció y se comprometió explícitamente a salvaguardar los siguientes tipos de dominio indígena: “a) *Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes*; b) *Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas*. c) **Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido.**”<sup>7</sup> (Art. 63). Es tan cierta la norma, que puede considerarse que, de por sí, protege suficientemente las vegas y bofedales, estén o no incluidos en la Resolución 87 del año 2006 de la DGA, que identifica, delimita y protege los de las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. (vid. Infra).

En otras palabras, la ley chilena reconoce explícitamente la propiedad ancestral ‘no inscrita’ de tiempo inmemorial de los indígenas, lo que no solo se ve confirmado en estas y otras normas, sino que hasta en el Mensaje del Código Civil redactado por Andrés Bello (Barros 2004). Uno de los escasos antecedentes jurisprudenciales en la materia que ratifica esta línea argumentativa fue el fallo de la Corte Suprema, de 22 de marzo de 2004, en el caso que opuso la empresa sanitaria ESSAN (Aguas Antofagasta S.A.) a la Comunidad Indígena de Toconce. Aplicando la Ley Indígena en armonía con el Código de Aguas en su fallo, la Corte reconoció la propiedad indígena preexistente sobre las aguas ocupadas ancestralmente, incluso por sobre derechos posteriores constituidos por terceros de conformidad a la normativa general. Se basó, específicamente, en el Art. 3 transitorio de la Ley Indígena, que considera propiedad ancestral aymara y atacameña las aguas a que se refiere el citado Art. 64, y el Art 2° Transitorio del Código de Aguas, que reconoce el uso consuetudinario como derecho de propiedad.

---

7 El subrayado y destacado del texto citado es del autor.



## 2. EL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES Y LAS TIERRAS INDÍGENAS

Explicado el contexto normativo específico, consideremos la situación de inseguridad jurídica de las comunidades indígenas del Norte Grande sobre su territorio: por intermedio del Ministerio de Bienes Nacionales (MBN) el fisco no ha cumplido con otro aspecto del Art. 3 transitorio de la Ley Indígena, que le obligó (y le obliga) a realizar un plan de saneamiento de la propiedad ancestral indígena sobre las tierras en un plazo de tres años a contar de la promulgación de la ley. Pues bien, el plazo venció hace diez años, en 1996. De nada han servido las gestiones administrativas intentadas de diversas autoridades indígenas para declarar una moratoria al otorgamiento de derechos sobre aguas subterráneas mientras no se sanea la propiedad ancestral superficial. Muy por el contrario, haciéndose pasar por dueño de la tierra, el MBN ha seguido otorgando lucrativas autorizaciones para explorar y explotar aguas subterráneas y minerales en tierras reclamadas con cada vez mayor desesperación por sus indefensas propietarias corporativas indígenas (a quienes apenas les llegan las migajas que sobran del negociado). En efecto, y anticipándonos un poco a la discusión del acápite siguiente, el Art 3° transitorio de la ley 20.017 de 2005 (que modificó el Código de Aguas) establece que para solicitar aguas subterráneas *“se deberá acreditar el dominio del predio donde se ubica el pozo o la autorización del dueño del terreno que conste en un documento firmado ante notario. Si la obra de captación se encuentra en un bien nacional de uso público, deberá adjuntarse la autorización del organismo bajo cuya administración este se encuentre. Tratándose de un bien fiscal, deberá acompañarse autorización del Ministerio de Bienes Nacionales”*<sup>8</sup>.

Entre 1990 y 1998, las comunidades atacameñas han venido identificando sus territorios comunitarios y patrimoniales de ocupación ancestral, deslindes que tomaron en consideración las ocupaciones materiales, rituales e históricas y los cerros tutelares. Como resultado de este proceso, la así llamada “demanda ancestral” atacameña suma más de 3.000.000 de hectáreas. El correspondiente proceso de entrega de títulos escritos ha sido lento, ya que se ha obrado en base a la entrega

---

8 El subrayado del texto citado es del autor.

de paños de tierras, cuya regularización ha debido ser “priorizada” por las comunidades a exigencia del Ministerio de Bienes Nacionales. Esto ha fragmentado, reducido y atomizado el territorio indígena, beneficiando así a las empresas mineras que extraen aguas desde territorios demandados pero todavía considerados, erradamente, como propiedad fiscal. El rezago en la implementación es responsabilidad del Estado de Chile y da pie para que las comunidades indígenas entablen demandas civiles de indemnización de perjuicios por los daños a su propiedad ocurridos desde 1996.

Haciendo frente a este retraso y a la creciente presión sobre las tierras, territorios y recursos naturales atacameños, el año 2002, el Ministerio de Bienes Nacionales y la CONADI adoptaron el siguiente acuerdo “técnico” en protección de las propiedades mientras estas no estuvieran saneadas. Destacamos la distinción entre “demanda ancestral” y “demanda priorizada”.

El acuerdo de la comisión técnica regional de tierras indígenas de la Segunda Región, en su reunión del 18 de junio del 2002, determinó que *“todos los expedientes de aguas y otros que recaigan sobre la demanda priorizada por las comunidades indígenas no procederán a trámite en esta secretaría de estado ya que las comunidades indígenas de la Segunda Región han presentado expedientes de transferencia o concesión referentes a su demanda priorizada. Salvo pronunciamiento de las comunidades a favor del trámite por medio de acuerdos.*

*Todos los expedientes de solicitudes y otros que recaigan solo sobre la demanda de territorios ancestrales deberán presentar acuerdos marcos celebrados entre la entidad solicitante y la comunidad indígena afectada antes que podamos proceder con el trámite específico”.*

Esta política administrativa de algún modo ha procurado paliar la relativa indefensión propietaria de las comunidades atacameñas a la vez que desarrollar su derecho humano a otorgar su consentimiento previo, libre e informado en los asuntos que les interesa, particularmente cuando se trata de proyectos de extracción en sus territorios ancestrales. Pero también resulta evidente que ciertos sectores de la administración *no quieren* cumplir con el mandato explícito de la Ley Indígena. De sanearse la propiedad indígena en el modo que lo exige la ley, algunos piensan que se frenaría el desarrollo de Chile (citado en Barros 2004).

Finalmente, cabe agregar que, además de ir en contra de una ley de la República, el criterio aplicado por el MBN vulnera la convención internacional citada en la introducción, porque tiene efectos discriminatorios respecto del derecho intrínseco de los indígenas a la propiedad<sup>9</sup>.

La práctica de políticas públicas también suele desestimar otras normas de la Ley Indígena que protegen las vegas y bofedales del Norte Grande. En efecto, la Región de Antofagasta cuenta con dos Áreas de Desarrollo Indígenas (ADIs) definidas como “*espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades*” (Art. 26). Para el establecimiento y delimitación de las ADIs del Alto Loa y de San Pedro de Atacama, concurrieron los siguientes criterios: “*a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) Alta densidad de población indígena; c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) Homogeneidad ecológica, y e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de estos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna*”<sup>10</sup>. (Idem.). Destacamos estos dos últimos criterios, porque, como veremos al referirnos a la Ley sobre Bases del Medio Ambiente (19.300), las ADIs también serían ‘áreas protegidas’ para efecto de la exigibilidad de un Estudio de Impacto Ambiental. En términos generales (fuera de la segunda región), sin embargo, ni el MBN, ni la DGA o la COREMA regional han exigido tal estudio para otorgar la concesión de exploración de aguas subterráneas en las ADIs. Con todo, el decreto fundacional del ADI Atacama la Grande, establece con claridad su función.

9 Por razones de espacio, dejamos de lado el análisis de las principales convenciones internacionales relacionadas con ecosistemas como la Convención sobre Diversidad Biológica, la Convención para Combatir la Desertificación, la Convención de Ramsar sobre Humedales y la Convención de Especies Migratorias, diversas de la UNESCO, entre otros.

10 El destacado del texto citado es del autor.



### 3. LAS REFORMAS AL CÓDIGO DE AGUAS, LAS RESOLUCIONES DE LA DGA Y SUS IMPLICANCIAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL NORTE DE CHILE

Las vegas y bofedales indígenas, cuyas aguas alimentan una diversidad de caudales superficiales, gozan de un trato legal especial por parte de la normativa de aguas. El inciso segundo del Art. 58 del Código de Aguas establece claramente que *“no se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas”*. El inciso segundo del Art. 63 señala, por su parte, que *“Las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y de Antofagasta se entenderán prohibidas para mayores extracciones que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa”*. Con diversos traspiés, a lo largo de los años, la DGA finalmente identificó y delimitó 267 áreas y acuíferos protegidos<sup>11</sup>. En sus propios términos, *“la identificación y delimitación de las referidas zonas tienen como propósito, la protección de los humedales citados, pues ellos sustentan ecosistemas únicos y frágiles que se hace necesario conservar y preservar, sin perjuicio del uso consuetudinario económico y cultural que efectúan en ellos las diversas comunidades indígenas”* (Extractado de la Res. DGA N° 909 de 1996).

La exploración en humedales altoandinos está así severamente restringida: recordemos que ese servicio: *“deberá, mediante resolución fundada, denegar o limitar una solicitud de exploración de aguas subterráneas cuando esta afecte el desarrollo nacional, regional, comunal o local”*<sup>12</sup>. Las normas de protección a los recursos hídricos indígenas son técnica y legalmente suficientes para hacer plenamente aplicable esta norma.

11 Identificadas en las Res. de la DGA, N°s 909 de 1993, 529 de 2003, 464 de 2004, y 87 de 2006, que incluye a las vegas de ‘El Tatio’ y de ‘Géyser del Tatio’, actualmente bajo amenaza por un proyecto geotérmico desarrollado por ENAP y CODELCO (que ha cedido su participación a ENEL, la empresa eléctrica italiana).

12 Art. N° 14 letra d) de la Res. DGA N° 341 del 2005. (El destacado y subrayado del texto citado es del autor).

En el Norte Grande se hace cada vez más infrecuente que la DGA otorgue concesiones de exploración de aguas subterráneas en las zonas inmediatamente aledañas a las áreas delimitadas (prohibidas). Cuando lo hace, establece mecanismos de ‘alerta temprana’ para prever cualquier daño. El problema es, dado el poco conocimiento existente respecto al comportamiento hidrogeológico de los acuíferos altoandinos y sus interrelaciones, que tal ‘alerta temprana’ no evita necesariamente que se produzcan graves daños irreversibles en los sistemas afectados, vulnerándose el principio de la precaución en materia ambiental.

Estas normas deben interpretarse armónicamente, partiendo del principio ecológico de la ‘unidad de la corriente’ consagrado en el Artículo 3° del Código, que señala que *“la cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”*, y que *“las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente”*<sup>13</sup>.

El artículo 22 (modificado por Ley 20.017 de junio 2005) señala, por su parte, que la DGA *“constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas”*<sup>14</sup>, siempre en conformidad al ya citado principio de unidad de la corriente. Esto es, una persona interesada en explotar aguas subterráneas no puede perjudicar a los que usan las aguas superficiales, resguardo que, como ya vimos, la Ley Indígena contempla en forma explícita a favor de los indígenas del Norte Grande.

Finalmente, desde el punto de vista de la protección de los recursos hídricos, estas normas de aguas evidentemente se relacionan con otras que se refieren al manejo integral de cuencas, a la declaración de caudales agotados, de fuentes naturales agotadas y a la regulación presidencial del caudal ecológico. No nos detendremos sobre ellas aquí,

---

13 El destacado del texto citado es del autor.

14 El destacado del texto citado es del autor.

pero sus implicancias son enormes, tanto que, incluso si no hubiera Ley Indígena, por sí solas e implementadas cabalmente, estas bastan para proteger las aguas indígenas. A modo de ejemplo: declarado el río Loa caudal agotado, no solo deben rechazarse de plano las solicitudes de extracción desde el álveo principal, sino que toda extracción desde cualquiera de sus afluentes, así como toda exploración y explotación de los acuíferos subterráneos que integran la cuenca. En efecto, para que tal declaratoria de caudal agotado tenga algún efecto, en consideración al principio de unidad de la corriente, es toda la cuenca, superficial y subterránea, la que queda protegida, incluyendo los humedales y géiseres altoandinos que la alimentan<sup>15</sup>.

#### **4. LA LEY 19.300, DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE, Y EL DEBER ESTATAL DE PROTECCIÓN Y DESARROLLO DE ÁREAS, POBLACIONES Y RECURSOS INDÍGENAS**

Por lo general, ni la CONAMA ni las COREMAs del Norte Grande exigen que las exploraciones de aguas subterráneas se sometan a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) (ni siquiera aquellos pozos de sondeo situados ‘arribita’ de las vegas y bofedales protegidos). Ni la DGA ni otros servicios públicos sectoriales lo exigen. Pero si revisamos con cuidado las normativas ambientales pertinentes, vemos que son claras, y que hay áreas, poblaciones y recursos especialmente protegidos, a tal grado, que cualquier intervención, cualquier proyecto, en cualquiera de sus fases, debe someterse a un EIA, y esto en atención al bien jurídico protegido (áreas, poblaciones y recursos) entre los cuales se cuentan, explícitamente, las vegas y bofedales.

---

15 La Comunidad Atacameña San Francisco de Chiuchiu gestionó ante la Dirección General de Aguas la Resolución Exenta N°197 de 24 de enero del año 2000, que declaró el agotamiento del río Loa y sus afluentes para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivos permanentes. Cualquier comunidad que aprovecha aguas afluentes del Loa puede impedir que se otorguen nuevos derechos consuntivos permanentes o eventuales, por estar declarado agotado el recurso. La DGA debiera desechar automáticamente nuevas solicitudes y aceptado hoy el principio de la unidad de la corriente, y de caudal ecológico, problematizado el manejo integral de cuencas, reconocida la propiedad patrimonial atacameña sobre aguas y tierras, constituidas por el solo ministerio de la ley las comunidades sobre aguas subterráneas; se puede entender que las aguas subterráneas que alimentan a río Loa y sus afluentes también están protegidos y pertenecen a las comunidades.



Así, el Art. 10. de la ley 19.300 señala que *“los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”*. El Art. 11. agrega que estos proyectos o actividades *“requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: ...d) Localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y, f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”*<sup>16</sup>.

El D.S. N° 95 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, considera que una área protegida es *“cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental”* (Art. 2). Las ADIs evidentemente reúnen estos requisitos, al igual que las vegas y bofedales de Iquique y Tarapacá.

Con respecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA): *“los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son los siguientes... a.2. Drenaje o desecación de vegas y bofedales ubicados en las Regiones I y II, cualquiera sea su superficie de terreno a recuperar y/o afectar. Drenaje o desecación de suelos ‘ñadis’, cuya superficie de terreno a recuperar y/o afectar sea igual o superior a doscientas hectáreas (200 ha)”* (Art. 3). La letra p) del mismo artículo exige lo mismo para la: *“ejecución*

---

16 El subrayado del texto citado es del autor.



*de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otra área colocada bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita*<sup>17</sup>.

El Art. 6 del reglamento exige especialmente la presentación de un EIA si el proyecto o actividad a evaluar genera o presenta efectos adversos significativos sobre “*n) el volumen, caudal y/o superficie, según corresponda, de recursos hídricos a intervenir y/o explotar en: n.1. vegas y/o bofedales ubicados en las Regiones I y II, que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas; n.2. áreas o zonas de humedales que pudieren ser afectadas por el ascenso o descenso de los niveles de aguas subterráneas o superficiales; n.3. cuerpos de aguas subterráneas que contienen aguas milenarias y/o fósiles; n.4. una cuenca o subcuenca hidrográfica transvasada a otra; o n.5. lagos o lagunas en que se generen fluctuaciones de niveles*”<sup>18</sup>.

También debe presentarse un EIA si el proyecto o actividad genera una “*alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”. A objeto de evaluar si el proyecto o actividad genera esta alteración significativa, el Art. 8 del Reglamento exige considerar los eventuales cambios en la: “*c) dimensión antropológica, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados*”<sup>19</sup>.

Finalmente, el Art. 9 exige un EIA si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar: “*se debe considerar: a) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales; b) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde existen recursos protegidos*”

---

17 El subrayado del texto citado es del autor.

18 El subrayado del texto citado es del autor.

19 El subrayado del texto citado es del autor.

*en forma oficial; o c) la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial*<sup>20</sup>.

La protección de las poblaciones, recursos y áreas que cautela la ley, hacen imprescindible un Estudio de Impacto Ambiental para realizar cualquiera actividad en cualquiera de sus fases las zonas indígenas. Ninguna concesión de exploración de aguas subterráneas debe impactar estos bienes especialmente protegidos. El que somete un proyecto al SEIA debe demostrar, entonces, que sus actividades no generarán daños, aplicándose el principio de prevención (o precaución) frente a impactos de gran riesgo e incertidumbre. El SEIA define que las vegas y los bofedales del Norte Grande están triplemente protegidos, porque:

- a) son frágiles,
- b) son indígenas, y
- c) son áreas declaradas como vulnerables.

El Estado debe obrar en consecuencia a esta triple consideración, lo que se ve también contemplado en su Art. 12, que exige el levantamiento de líneas de base antropológicas para determinar los eventuales impactos en los sistemas, modos y calidades de vida indígenas<sup>21</sup>. Lo importante de esta norma es que, más allá del proceso de ‘participación ciudadana’ obliga, en definitiva, a realizar una línea base antropológica, lo que abre necesariamente un proceso de consulta que debe sostenerse sobre el principio del FPIC.

---

20 El subrayado del texto citado es del autor.

21 El Art. 11 es igualmente perentorio respecto al patrimonio cultural, exigiendo una EIA si el proyecto o actividad genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para ello se debe considerar: “a) la proximidad a algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288; b) la magnitud en que se remueva, destruya, excave, traslade, deteriore o se modifique en forma permanente algún Monumento Nacional de aquellos definidos por la Ley 17.288; c) la magnitud en que se modifique o deteriore en forma permanente construcciones, lugares o sitios que por sus características constructivas, por su antigüedad, por su valor científico, por su contexto histórico o por su singularidad, pertenecen al patrimonio cultural; o d) la proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humanos”. Está de más resaltar el carácter sagrado que revisten las aguas para las etnias andinas.

## 5. TEMAS EMERGENTES: EN TORNO AL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO, PREVIO, LIBRE E INFORMADO (FPIC)

El Convenio 169 de la OIT, la Ley Indígena chilena y fallos como el de la Corte Suprema en el caso de Toconce, reconocen la especificidad civil de los indígenas como derechohabientes colectivos preexistentes al Estado chileno. El reconocimiento de esta diferencia tiene una raigambre jurídica muy profunda en las Leyes de Indias, que respetaban con toda claridad tanto las formas colectivas como individuales de la propiedad indígena (Barros 2004, 2006). Del mismo modo, la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas recoge hoy la doctrina preponderante que reconoce la preexistencia en el dominio colectivo de los indígenas respecto al fisco, sobre subsuelo, suelo y vuelo, sobre la base del derecho consuetudinario o derecho propio indígena.

La propiedad corporativa indígena se basa en la oposición fractalmente complementaria de la tierra y el agua (Barros 1998), la sacralidad social del cerro, considerado como parteaguas y autoridad distributiva, en las rogativas rituales y procesiones en honor a la Pachamama y a los cerros *mayllkus* y *achaches*, padres y abuelos, para que todos juntos críen y broten vida. Cada comunidad tiene un cerro hembra y otro macho que la definen, cada uno con su función simbólica y ritual específica. La organización colectiva del agua que le han contribuido a caracterizar como ‘sociedades hidráulicas’ (Barros 1998), la limpia de canales, las danzas de la lluvia como el Talatur, donde son nombrados los cerros que son titulares y linderos. La etnociencia andina reconoce una noción espiritual de MANEJO INTEGRAL DE CUENCA, costumbres, creencias, prácticas y sistemas de manejo que son parte esencial del derecho indígena a sus tierras, territorios y recursos naturales. Antes, traían agua de mar hasta la cumbre de sus cerros, para propiciar lluvia, costumbre que ya no perdura entre los atacameños. El derecho propio es de naturaleza espiritual (Barros 1998). Pues bien, a pesar de la desterritorialización individualizante que propugna el sistema neoliberal de asignación de derechos por medio del mercado, todas estas dimensiones colectivas del agua están de algún modo reconocidas a favor de los indígenas por las diversas leyes que hemos analizado.

Así planteado, resulta que el problema no es que el Estado desconozca tales derechos, sino que los ignore o deniegue de manera arbitraria

e ilegal. No es siempre por esquizofrenia racista: hay una seria falta de sistematización –y, por consecuencia, negación– de los derechos locales. Otras veces el Estado se queda en la mera enunciación de leyes consensuadas por el poder político, pero no se hace cargo de las superposiciones e incompatibilidades normativas, ni de la ejecución, falta de aplicación y negligencias en las políticas de ordenamiento territorial y de agua con un enfoque social y cultural. A esto se suman, en los últimos años, la falta de asignación de recursos humanos y financieros en los ministerios y corporaciones. Por eso son necesarios los programas y políticas concretos que pongan en valor la dimensión colectiva del derecho de aprovechamiento de aguas, reconociendo y haciendo respetar los derechos locales al agua en una gestión integrada de recursos naturales (e hídricos en particular). Existiendo voluntad política, el marco normativo está dado para fortalecer la autonomía de la institucionalidad indígena conforme a sus propios fines valores, prioridades e intereses, tal como lo contempla el artículo primero de la Constitución vigente.

Concretamente, en pro de una gestión más equitativa, todas y cada una de las reparticiones del Estado chileno pueden aprovechar los mecanismo legales que les permite exigir a cualquiera que quiera explorar y explotar tierras, aguas y demás recursos indígenas en Chile, obtener previamente la autorización de la(s) comunidad(es) potencialmente afectada(s) y de sus representantes legales. Esto, además de ser esencial a una gestión más eficiente de los recursos naturales nacionales, es culturalmente pertinente y ajustado a los derechos humanos. Tanto los minerales como las vegas, bofedales y demás acuíferos altoandinos, se encuentran en tierras indígenas que, por ley, debieron ser regularizadas hace ya diez años y no lo han sido (Barros 2004 y 2006). Cuando la mayor parte de las áreas donde hoy se exploran y explotan aguas o minerales en el Norte Grande han sido larga y legalmente reclamadas e identificadas por comunidades indígenas (sean estas sucesoriales o legalmente instituidas), debe entrar a jugar el deber de protección estatal sobre los derechos propietarios y culturales indígenas.

El Estado no puede autorizar la explotación alguna de humedales altoandinos, ni de ningún otro recurso hídrico en territorios ancestrales indígenas, sin el previo consentimiento libre e informado (FPIC) de los pueblos afectados. El principio del FPIC ha sido reconocido en diversos instrumentos y fallos de internacionales de derechos humanos,

pero también está siendo discutido en un número creciente de procesos regionales y nacionales, que cubren un vasto número de cuerpos y sectores que van desde las políticas de resguardo de los bancos multilaterales de desarrollo e instituciones financieras internacionales, hasta las prácticas de las industrias extractivas, el desarrollo hídrico y energético, manejo de recursos naturales, accesos a recursos genéticos y conocimiento tradicionales asociados, junto a los consiguientes arreglos bilaterales y multilaterales para la distribución de beneficios, investigación científica y médica, y, en general, todo lo relacionado con el patrimonio cultural indígena<sup>22</sup>.

El primer instrumento internacional que relaciona a los Pueblos Indígenas con el Medio Ambiente es el Convenio 169 de la OIT (4.1). Impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para proteger el medio ambiente indígena, a través de Estudios de Impacto Ambiental (7.3); el reconocimiento de los derechos de subsistencia (13); la protección de los recursos naturales (15.1); y las medidas para proteger y preservar los territorios de los pueblos indígenas (15.2), a través del consentimiento libre e informado y la participación en los beneficios de la explotación y la compensación por los daños. La protección del Medio Ambiente indígena conforme al Convenio 169 de la OIT impone a los gobiernos el deber de 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, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (13.1).

En varios de sus artículos, la Convención 169 de la OIT se refiere explícitamente a la consulta y participación de los pueblos indígenas. Distintos Comités de la ONU se han referido a este principio en su jurisprudencia. En su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) llama a los Estados “*a asegurar que los miembros de los pueblos indígenas tienen derechos respecto*

---

22 Empresas estatales como CODELCO están en el caso de ser acusadas de dumping ambiental y cultural porque, además de abusar de sus trabajadores subcontratados (muchos ellos indígenas), deriva ventajas competitivas ilegítimamente en función de una sistemática denegación de la propiedad indígena sobre los recursos naturales. Esto difícilmente ocurrirá en la medida en que sus competidoras incurren coludidamente en las mismas prácticas atentatorias a los derechos humanos y antisindicales.

*a su efectiva participación en la vida pública y que ninguna decisión relacionada directamente con sus derechos e intereses se tome sin su consentimiento informado” (para. 4 (d)).*

En gran número de ocasiones, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la necesidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos. En 2004, por ejemplo, manifestó estar profundamente preocupado de que concesiones de extracción de recursos naturales hayan sido otorgadas a compañías internacionales sin el consentimiento de las comunidades afectadas. Algunos años antes observó, con desazón, que las tierras tradicionales de los pueblos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por compañías madereras, mineras y de petróleo, a costa del ejercicio de sus culturas y del equilibrio del ecosistema.

En tres casos recientes concernientes a los derechos indígenas sobre tierras y recursos, el Sistema Interamericano de derechos humanos ha articulado un requerimiento para los Estados de modo que estos obtengan el consentimiento previo de los pueblos indígenas cuando se contemplen acciones que afecten los derechos de propiedad indígenas, considerando que tales derechos de propiedad surgen de leyes consuetudinarias y de los sistemas de tenencia tradicional, sobre los cuales están basados (Anaya 2005). Así la Corte Interamericana reconoció los derechos colectivos indígenas sobre sus tierras y recursos sobre la base del Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: “*Todas la personas tienen el derecho de usar y gozar su propiedad*”. La Comisión Interamericana, por su parte, sostiene que, dada la emergencia gradual de un consenso internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, tales derechos son ahora parte del derecho consuetudinario internacional o *ius cogens*, y son aplicables y justiciables como tal.

El derecho humano internacional a la propiedad abraza los regímenes de propiedad comunal de los pueblos indígenas en la manera definida por sus propias costumbres y tradiciones, de modo que, la posesión de la tierra debiera bastarles a las comunidades que carecen de un título material de propiedad sobre la tierra, para obtener reconocimiento oficial de esa propiedad. Pero la Corte no solo ha afirmado el derecho indígena en contra de la interferencia estatal en tierras y recursos indígenas sin su

consentimiento, sino que también el derecho afirmativo a la protección estatal en caso de una interferencia similar por particulares.

La misma Comisión Interamericana, de conformidad a lo planteado anteriormente, ha descrito los siguientes principios legales internacionales: a) El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus variadas formas y modalidades específicas de control, dominio, uso y goce de territorios y propiedades; b) El reconocimiento de sus derechos sobre las tierras, territorios y recursos que ocupan tradicionalmente, y c) donde los derechos de propiedad y de uso de los pueblos indígenas han surgido con anterioridad a la creación de un Estado, el reconocimiento de ese Estado de la propiedad del título permanente e inalienable indígena debe ser realizado de modo tal, que cualquier cambio en el título solo puede ser efectuado por consentimiento mutuo entre el Estado y los pueblos respectivos, debiendo estos tener pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza y atributos de tal propiedad modificada. Hemos hablado de la necesidad de mejorar y fortalecer la participación de las poblaciones locales y vulnerables en los procesos de toma de decisiones que afectan sus derechos colectivos. Cada vez más, las compañías explotadoras de aguas y energía se ven compelidas a consultar y obtener la autorización previa, libre e informada de las comunidades afectadas al implementar sus proyectos extractivos.

## CONCLUSIONES

Son las propias comunidades indígenas quienes exigen compartir equitativa y sosteniblemente los beneficios de los proyectos en sus territorios, y rechazan poner en peligro sus modos de existencia. Quieren decidir informadamente si vetan o no a un proyecto, o si, con los debidos recaudos y apreciando sus servicios ambientales, aprovechan equitativamente los beneficios de la vecindad y Responsabilidad Social Empresarial.

No es que hagan falta más y mejores derechos sustantivos para la protección de los pueblos indígenas en Chile, sino que una mejor justicia adjetiva o procesal, una efectiva exigibilidad y cumplimiento de los derechos ya reconocidos, un real acceso e implementación de justicia.

En este contexto, los pueblos indígenas en el norte de Chile están insertos en el proceso de renegociar sus relaciones con los Estados y con nuevos operadores del sector privado que buscan acceder a los recursos en sus territorios. En condiciones de poder asimétricas y con mayor o menor éxito en los hechos, al negociar con los numerosos intereses externos, esgrimen su derecho civil a la propiedad y al consentimiento, previo libre e informado a través de sus propias instituciones representativas. Para estar seguros de estar haciéndolo bien, buscan apoyo técnico y profesional independiente y de parte de organizaciones internacionales que les apoyen para ser cada vez más respetados por las leyes y sistemas de decisiones nacionales e internacionales, sin perder su autonomía ni sus valores propios<sup>23</sup>.

La voluntad de los indígenas para proteger su patrimonio tangible e intangible, natural y cultural, hídrico y mineral, pasa necesariamente por el reconocimiento y regularización de sus derechos de propiedad sobre tierras y aguas (individuales, comunitarios y patrimoniales). Está en el sector público revisar y modificar los regímenes y procedimientos de concesión general respecto a bienes considerados fiscales pero que son indígenas, y han sido reclamados válidamente como tales por sus titulares y poseedores. Esto fue lo que solicitaron diferentes comunidades indígenas atacameñas en el año 2000. Con todo, y a pesar de lo claros que son, los resguardos de la Ley Indígena son difíciles de hacer valer frente a al poder normativo de la industria minera y su voracidad hídrica y energética. Chile es un país minero, y la industria extractiva, a su vez, goza de protección por normas constitucionales que pueden afectar tanto los territorios indígenas como los no indígenas más desprotegidos. Es así que mientras no sean declaradas dueñas de sus terrenos superficiales, las comunidades no tienen opción realista de hacer valer sus derechos propietarios ante la minería en forma efectiva, porque, por ejemplo, las mineras pueden establecer servidumbres sin que sea necesario el escrutinio y aprobación del Ministerio de Bienes Nacionales, y en caso de controversia, suele bastar que un juez local fije un pago indemnizatorio a la minera, tomando solamente en cuenta el valor de mercado de la tierra gravada. Cuando están inscritas en el registro de Tierras Indígenas de la Subdirección Norte de la CONADI

---

23 La asociatividad ha crecido fuertemente entre los atacameños, y se está gestando un proceso de organización política comparable al de un "parlamento" representativo, en el que hoy se denomina Consejo Pueblo Atacameño.



en Iquique, el gravamen de las tierras indígenas comunitarias requiere de autorización especial de la CONADI. Cuando no lo están, es difícil que puedan demostrar su calidad de indígena (aunque no imposible).

El desfase entre la racionalidad de la ley y la capacidad de los usuarios para hacerla aplicar ha sido un arma contraproducente, y es bien conocido el adagio de que el derecho que no se ejerce, se pierde. Este adagio evidentemente incluye al derecho consuetudinario: si no se ejerce, se pierde. El Estado debe asumir su rol subsidiario en materia ecológica, no solo asegurando información y transparencia, sino que asumiendo y gestionando los recursos nacionales de manera responsable, su responsabilidad frente a las generaciones venideras, reconociendo activamente los servicios ambientales de los pueblos indígenas para facilitar el acceso a la justicia de diversas agrupaciones sociales con arraigo territorial. Hoy, en los hechos, estas se encuentran indefensas, como los indígenas respecto de sus tierras, o la ciudadanía en general respecto de las aguas. La falta de acceso a la justicia civil es una de las causas más directas de la protesta social y de la criminalización indígena en Chile.

El incumplimiento de la ley por parte de los funcionarios del Estado no es ‘involuntario’ o inocente sino que intrínseco a políticas de marginación y exclusión racializadas descritas cabalmente por el aforisma jurídico de que ‘la ley se acata pero no se cumple’, práctica burocrática que continúa efectuando la antidemocrática brecha en la propiedad denunciada por el Banco Mundial (2006).

Mientras no se ataje la tendencia discriminatoria respecto de las tierras y aguas indígenas, no superará el actual patrón de desigualdad. En la práctica, se está reeditando el odioso sistema colonial de castas, con sus previsible ciclos y secuelas de violencia, características de nuestro país. Cabe agregar que la corrupción público/privada es consubstancial a este proceso de ‘encastamiento’, puesto que ha consolidado financieramente las redes de poder etnopolíticas territorializadas regionalmente (indígenas y no indígenas).

Así, el rol etnogenético del Estado no ha consistido tanto en la protección de los pueblos indígenas como en la implementación de ‘lo indígena’ por medio de la instrumentalización de sus antiguos líderes, elites que demasiadas veces descuidaron los recursos de sus supuestos

representados. Ha sido fácil para el sistema neoliberal naturalizar étnicamente las desigualdades socioeconómicas, visibilizando para ello caciques funcionales a la discriminación cultural de fondo. Así ha logrado objetivar discursos que conforman una geografía de coloridos personajes diestros en el arte de la política étnica<sup>24</sup>. Es incuestionable que el clientelismo ha resultado en la movilidad social de algunos miembros de la elite; pero para concluir: lo más importante es que algunas de las comunidades están ejerciendo plenamente su autonomía colectiva de hecho y su proyección en derecho, y se comportan como las dueñas colectivas de las tierras, territorios y recursos naturales que reclaman como propios, como esa entidad superior que agrupa a los individuos y linajes, trascendiéndolos en la historia oral. La construcción de la política indígena hoy no solo se hace de arriba hacia abajo, como lo hacían los *'antiguos dirigentes'*, sino que de abajo hacia arriba, con una participación informada de las capas más jóvenes de la sociedad indígena, que ha alcanzado un nivel inédito de autonomía que se traduce en capacidad de acción. Los derechos colectivos (indígenas y no) están convirtiéndose en los paradigmáticos contrarios de los derechos individuales, los derechos colectivos reconocidos a los indígenas constituyen un interesante experimento normativo intercultural hacia la protección de recursos frágiles mediante una sabia gobernanza del agua.

Todo lo anterior redundará, finalmente, en que el ejercicio autónomo de los derechos colectivos por parte de sus titulares, contrapesa los fenómenos de despilfarro, acaparamiento, monopolización y escasez a la que han llevado, en Chile, la gestión de los recursos naturales

---

24 Entre los siglos XV y XVI, en España, el "encastamiento" fue la adscripción oficial a una u otra casta o grupo social definido cultural y/o racialmente, como "bueno" y "malo", "superior" o "inferior", "puro" e "impuros", "limpios" o "lindos" y "sucios". Esto conllevaba ventajas o discriminaciones para poder acceder al empleo en ciertas instituciones. El encastamiento se mantuvo hasta fines del s. XV y continuó tras la muerte de Isabel la Católica; pero, cada vez más excluidos de la burocracia en función de su "impureza de sangre", los conversos o judaizantes gestaron su propia "muerte social" como grupo diferenciado, tanto en relación con la Inquisición como con la reforma de los estatutos de limpieza. Tras la Guerra de las Comunidades, en que los moros y judíos participaron decisivamente a favor de los rebeldes, y tras el paréntesis aperturista de la tercera década del siglo y el erasmismo crítico, el proceso de encastamiento de nuevo se aceleró, llenando toda la segunda mitad del reinado de Carlos V, coincidiendo, paralelamente, con la aristocratización que, aunque de manera tenue, ya impregnaba el comportamiento social del momento y la agudización del problema protestante. En Latinoamérica, el castismo adquirió proporciones barrocas, con las castas dominando el imaginario colectivo durante buena parte de los 300 años de coloniaje.

dejada en las solas manos del mercado y de los privados. Una gestión ética del agua requiere que el Estado actúe para contrabalancear las fallas de la mercantilización, asignación y distribución de agua, dándole particular apoyo y protección a los derechos colectivos al agua, especialmente los que tienen los pueblos y culturas más vulnerables. La realidad demuestra que no se puede seguir operando exclusivamente sobre la base del principio de subsidiariedad a la inversión privada. El ejercicio de la gobernanza del agua por el Estado, exige una particular atención a la vulnerabilidad indígena y ciudadana en general. Frente a la crisis y falta de seguridad hídrica que, en el caso chileno, viene fuertemente de la mano del cambio climático, se hace más punzante la necesidad de una gestión más equitativa del bien nacional de uso público por excelencia. Los fallos de la Corte Interamericana recuerdan permanentemente que los derechos de los pueblos más vulnerados son la propiedad y la autonomía colectiva. Esto se aplica especialmente al agua.

## BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, James, "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Land and Resources", ponencia presentada en la American Association of Law Schools Conference, Enero 2005.
- Barros, Alonso, *Desarrollo y Pachamama: Paisajes Conflictivos en el Desierto de Atacama en Estudios Atacameños*, 13:75-94, Antofagasta-U. Católica del Norte, 1998.
- "Autonomía y Territorio" en Actas del 'XII Congreso Internacional de la Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, Comisión de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio', celebrado en Arica, Chile. Ed. Lom, Santiago, 2000.
- 'Crónica de una etnia anunciada: nuevas perspectivas de investigación a diez años de vigencia de la ley indígena en San Pedro de Atacama'. En *Estudios Atacameños* 27:139-168, Antofagasta, U. Católica del Norte. 2004, [www.scielo.cl/pdf/eatacam/n27/art07.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/eatacam/n27/art07.pdf)

- “The Free, Prior and Informed Consent of Indigenous Peoples as a prerequisite for Groundwater Exploration in their Lands: A Human Rights approach to the case of the Likian Antai (Atacama Desert, Chile)” en el IV Foro Mundial del Agua, Ciudad de México, 16-22 de Marzo de 2006, [www.ciel.org/Publications/Likanantai\\_WW4\\_Mar06.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Likanantai_WW4_Mar06.pdf)
- “Reseña histórico-jurídica de la territorialidad atacameña: de leyes y titulaciones interculturales (s. XVI - s.XXI)” en *Cuadernos Interculturales*, 4,6:9-35, Universidad de Valparaíso, (2006). <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=55200602&iCveNum=4301>
- Bello, Álvaro y Rangel, Marta, *Etnicidad, “raza” y equidad en América Latina y el Caribe*, División de Desarrollo Social-CEPAL, Santiago, 2000.
- Busso, Matías, Martín Cicowies y Leonardo Gasparini, *Etnicidad y los Objetivos del Milenio en América Latina y el Caribe*, CEPAL, PNUD, BID, Banco Mundial, 2005.
- Cunningham, W. and J. Jacobsen, with L. Siga and A. Risi, “Between-Group, Within-group, and National Inequality: The Role of Race, Ethnicity, and Gender”, *Inequality and the State in Latin America and the Caribbean*, Washington, DC: World Bank, 2003.
- Darity, W.A., and P.L. Mason “Evidence on Discrimination in Employment: Codes of Color, Codes of Gender”, *The Journal of Economic Perspectives*. 12 (2). 63-90, 1998.
- Giddens, Anthony, *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- Hall, Gillette, and Harry Anthony Patrinos, *Indigenous People, Poverty and Human Development in Latin America:1994-2004*, World Bank Report, 2005.
- New York Times Editorial, “Revolt of the Poor in Bolivia”, *The New York Times*, 3 November, 2003. p. A20.
- Oaxaca, R.L. and M.R. Ransom, “On discrimination and the decomposition of wage differentials”, *Journal of Econometrics* 61: 5-21, 1994.
- Pointet, A. Carlos Perafán, Régis Caloz, Claudia Dolci y Steven Geiger, *CLAN: Cultural Land Use Analysis Methodology*, IADB-EPFL, 2004.
- Psacharopoulos, G. and H.A. Patrinos, *Indigenous People and Poverty in Latin America: An Empirical Analysis*, Washington, DC, The World Bank, 1994.
- World Bank, *World Development Report 2006: Equity and Development*, Oxford University Press and the World Bank: Washington D. C., 2006.

## EXPLORACIÓN MINERA EN GLACIARES LOCALIZADOS EN EL TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD DIAGUITA DE LOS HUASCOALTINOS

*SERGIO CAMPUSANO<sup>1</sup>*

Vengo junto a otros dos dirigentes de la comunidad diaguita a hablar de los glaciares ubicados en nuestro territorio ancestral, afectados por Barrick Gold y su proyecto de explotación minera.

Vengo del “país de los huascoaltinos”. Nosotros tenemos un título de dominio por quinientas mil hectáreas, quinientas mil hectáreas donde tenemos oro, plata, cobre, las que en este momento están en reserva, si bien han sacado unos *puñaditos* que han sido comprados por otras mineras en otras partes. Esas son más o menos las cifras, por eso nos hablan del “país de los huascoaltinos”, un país del tamaño de Luxemburgo.

Nosotros hemos estado muy anónimamente en nuestra lucha. Ayer salimos en Televisión Nacional, pero son generalmente otras personas las que llevan la bandera en esta causa. Reconocemos su lucha, pero desde la perspectiva indígena, somos nosotros los responsables ancestralmente de estos glaciares, que son los que están más cerca del desierto en el mundo. Y esto es en la zona de los huascoaltinos.

Voy a contar cómo nace esto.

---

1 Presidente de la Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos

Estos glaciares, específicamente los glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza, que los trabajadores de Barrick llaman “pequeños glaciares”, son los últimos glaciares, reservorios los llamaron después, para bajarle el perfil y así facilitar la autorización de su proyecto Pascua Lama.

Debemos destacar que existía un compromiso de sustentabilidad ambiental, firmado por Bachelet durante su campaña. En dicho compromiso se señalaba que se debía “*proteger los glaciares y no aprobar su remoción y destrucción*”. Y sin embargo, tenemos el camino construido por Barrick sobre el glaciar Esperanza. Entonces, ¿cómo es la cosa?

Pero la destrucción de los glaciares no es de uno o dos años atrás, sino de hace quince años. Desde entonces es que ellos vienen destruyendo los glaciares. Como muestra de ello vemos los caminos que ya están hechos, las máquinas de perforaciones, así ha tratado a los glaciares la minera Barrick Gold.

El resultado de todo esto ha sido la reducción de los glaciares. El glaciar Esperanza tiene ahora un setenta por ciento menos de su capacidad, el Toro 1 un cincuenta y seis por ciento y el Toro 2 un sesenta y cinco por ciento. Y son mediciones de ellos mismos, hechas por su propia consultora, no es un invento nuestro. Ellos mismos están reconociendo la destrucción que se ha producido.

El 15 de febrero de este año la COREMA de la Tercera Región, unánimemente, pese a la gran oposición comunitaria, aprueba la ampliación del tajo de la mina. De manera similar a como ocurrió con el *adenda* uno y dos, que fueron los primeros trabajos que tratamos de alargar, gran parte del análisis de los glaciares en el área del proyecto que el titular hace se basa en pocos datos, en muchas presunciones, hipótesis y en características básicas que nada han probado sobre los glaciares. Gran parte del análisis relacionado con el tema de los glaciares, su aporte hídrico, los efectos de sus remociones, su capacidad de caudal y otros, es erróneo. Esto necesita ser resuelto con estudio y trabajo en terreno. Y hablamos de varios años, pues no se puede hacer un estudio de glaciares en uno, dos o tres años.

Cómo cumplirá Bachelet su promesa, si diariamente afectarán a los glaciares 80 toneladas de explosivos, 15 toneladas de material

particulado en el aire, ciento cuarenta mil toneladas de material extraído, cuarenta y cinco viajes de camiones, y solo en una semana se compraron cuatro aviones particulares para el manejo de los empleados por parte de la empresa.

Se emplazarán además a los depósitos estériles, mil quinientos millones de toneladas de rocas que terminarán por tragarse un glaciar, hecho que nadie estudió.

Lo que nosotros hemos estado haciendo es pedir auxilio internacional para decir que los grandes pueblos desarrollados o con tecnología de avance, nos están matando. Eso hay que decírselo a los europeos, a los de Estados Unidos, a los canadienses, que no saben nada de esto. Hay un grupo de ellos que tal vez sean malos, pero hay otros que no, y a ellos tenemos que hablarles. De hecho este verano hay gente que viene de Alemania, Francia, China, y durante el año han venido más. Siempre en el verano se concentra una mayor cantidad de personas de otros países que nos vienen a visitar, y no lo pueden creer. Inclusive hay que muchos que han dicho que vienen a ver lo que se va a destruir, lo que no va a quedar, como decía la señora de Pica, y ahí estamos, como los osos panda a punto de ser extinguidos.

## **PÉRDIDA DE DERECHOS DE AGUA DE PROPIEDAD ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD CHUSMIZA USMAGAMA**

*LUIS HUMBERTO CARVAJAL*<sup>1</sup>

Mi nombre es Luis Humberto Carvajal Pérez, tengo 76 años, y represento a la comunidad de Chusmiza Usmagama, cuyos derechos de aguas han sido violentados por la Dirección General de Aguas, es decir, el Estado de Chile.

Nuestra comunidad, Chusmiza Usmagama, está enclavada en la Primera Región, Tarapacá, Chile, a ciento cincuenta kilómetros de Iquique hacia la precordillera, a tres mil doscientos metros de altura. Comprende diez kilómetros, con treinta hectáreas de terrazas cultivables. Estos poblados dependemos de una vertiente de aguas calientes, porque es una vena temperada del volcán Isluga, que está situado en la frontera de Chile con Bolivia.

En el año 1880 empieza a disminuir el caudal de agua de la vertiente y la gente, alarmada por dicha situación, se reúne y contrata los servicios de un experto en explosivos, el señor Andalicio Cayo proveniente de un pueblo cercano a Usmagama, el pueblo de Mocha. Este señor empieza a perforar un túnel más abajo, donde manaba la vertiente. Mucha gente se fue a trabajar a las oficinas salitreras para poder pagar sus cuotas al señor Andalicio. Al término de casi un año, cuando habían perforado 25 metros aproximadamente, brota un enorme chorro de agua, lo que fue suficiente para dejar contenta a la gente, que celebraba alborozada.

---

1 Presidente de la Comunidad Aymara Chusmiza Usmagama.



Posteriormente deciden continuar los trabajos para traer más agua. Pero el señor Andalicio no calcula el calor reinante - por que son aguas calientes - y la dinamita explota antes de tiempo, perdiendo ambas manos y la vida.

Como ustedes pueden ver, este socavón, este túnel, fue construido con sudor y sacrificio de toda la gente de Chusmiza Usmagama. Por lo tanto, por derecho propio, le pertenece toda esa herencia con que Dios le dio vida a ese pueblo.

En 1915, aproximadamente, llega un señor croata al pueblo de Huara, punto neurálgico de todas las oficinas salitreras que había en la región, que eran más de ciento cincuenta. Este señor se emplea en un almacén de provisiones. Al pasar del tiempo, se enamora de una hermosa mujer llamada María Pérez Palape, cuyos padres poseían muchos terrenos agrícolas, en Mocha, en Guaviña, en Sibaya, y también en Chusmiza. Contraen matrimonio y de regalo de bodas le da en Chusmiza sus terrenos agrícolas y el negocio que esta ahí. Así llegó el primer croata a Chusmiza, un yugoslavo que hizo cambiar la historia de estos pueblos. Don Natalio Papic, percatándose del agua medicinal, decide embotellarla y procesarla. Propone la idea al pueblo, y el pueblo se opone, pero don Natalio dice *“yo le voy a dar trabajo a la gente, le voy a dar progreso, voy a tratar de hacer llegar el camino, y voy a ocupar una mínima parte, los terrenos de mi mujer se dejan de regar y eso ocupo”*. Una parte muy mínima, que era suficiente.

Pues bien, don Natalio se asocia con un señor Jorge Ortoic y así nace en 1928 la primera sociedad embotelladora de agua mineral Chusmiza, que estaba instalada frente al socavón. Todos trabajaban normalmente, don Natalio iba a ser uno más del pueblo, era muy querido por todos, como un cuento de hadas. Pasan los años y en 1960 la sociedad decide venderle a don Luis Papic Ramos, entonces senador de la república, también presidente del senado, quien empieza a modernizar la planta y se traslada un poco más abajo. Hace una serie de maniobras pero se mantenía bien con la gente. Ante cualquier reclamo el hombre estaba llano a escucharlos, y todo pasa muy bien hasta el año 1991, en que muere Luis Papic Ramos. Después de su muerte queda su hijo Alejandro Papic Domínguez, quien decide abandonar la planta por seis años, y solamente llega a hacerla funcionar con la incorporación de nuevos socios. ¿Y cuáles son los socios? Juan Villarzú Roe, ex vicepresidente

de Codelco Chile, Chuquicamata, Segunda Región, un señor poderoso; y Guillermo Atria Barros, empresario de la Quinta Región, que posee muchos negocios, aparte de ser abogado.

La comunidad empieza a hacer los trámites de regulación de derechos de aguas, sus derechos ancestrales, y va a la CONADI para que le preste asesoría y para constituirse como comunidad indígena. Pues bien, la CONADI se hace parte en el proceso de regularización de derechos de agua, porque antiguamente la gente decía *“para qué vamos a regularizar nuestras aguas si las aguas son nuestras ¿para qué?”*. Pero ahora que llegaron estos señores poderosos hay que regularizar los derechos de agua. La CONADI se hizo parte en esto, en la Primera Región, donde correspondía, en la Dirección General de Aguas regional, allí empezaron a hacer los trámites, y la embotelladora. El señor Villarzú, se opone, pues señala que todas las aguas son de ellos. Entre el tire y afloje se llegó a una conclusión muy salomónica para ellos, el 29 de octubre de 1996 la Dirección General de Aguas se declara incompetente, y esto pasa a los tribunales de Pozo Almonte, para que ellos decidan una situación tan emblemática como esta.

Pero aquí viene lo terrible. En el mismo año 1996, la Dirección General de Aguas, en Santiago de Chile, por intermedio de su director subrogante, le concede más de la mitad del agua a la embotelladora, sabiendo que el proceso está pendiente en Pozo Almonte. Ahí se comete la injusticia. El responsable fue un director subrogante que hoy está en gloria y majestad en Recursos Hídricos de Obras Públicas, señor Jaime Muñoz Rodríguez.

Nosotros, desesperados, tuvimos que iniciar una demanda de nulidad de derecho público en el 7° Juzgado Civil de Santiago, en los primeros días del mes de enero del año 97. Pasan los meses y en los 30 días del mes de mayo pasa una comisión de la CONADI encabezada por su director, Domingo Namuncura Serrano, acompañado del director titular de la Dirección General de Aguas, Humberto Peña Torrealba, a Iquique, y en los recintos de la CONADI, con la presencia de don Antonio Mamani, entonces Subdirector Norte de la CONADI, aquí presente, se firma un convenio donde se comprometen a regularizar tierras y aguas y a protegerlas. En presencia de todas las comunidades recogen nuestras inquietudes y se comprometen a hacer un estudio acabado sobre lo nuestro.

En los meses siguientes viene la comisión a Chusmiza Usmagama, comprueba los daños producidos ahí, y ninguna contestación más, hasta ahí llegaron las cosas. Y que tuvo que hacer la comunidad, contratar un abogado. Ello porque la CONADI dependía del gobierno entonces no podía hacer nada, porque nosotros demandamos a la Dirección General de Aguas que pertenece al Fisco. Entonces tuvimos que iniciar un proceso en el juzgado con un abogado propio, Juan Bautista Leyton, que hasta la fecha nos asesora.

Pasaron los años, con inquietud, y en el año 1999 viene una comisión llamada FLACSO, comisión nombrada por el gobierno del entonces presidente Eduardo Frei para que hiciera un estudio acabado sobre todo del caso mapuche y del caso específico de la comunidad Chusmiza Usmagama. En esa comisión venía don Enrique Correa, ex ministro del presidente Aylwin, quien promulgó la ley indígena, la ley 19.253, además de Joaquín Brunner, Felipe Lamarca y Rodrigo González, en ese tiempo director nacional de la CONADI. En la ocasión don Enrique Correa declaró: *“Después de un acabado estudio, fueron violados, heridos, ignorados, los derechos ancestrales de la comunidad Chusmiza Usmagama. Voy a pedir la intervención del ejecutivo y del propio gobierno para que se repare esta injusticia”*. Hasta ahí quedaron las instrucciones de don Enrique Correa, muy buenas. Luego Ricardo Lagos firmó esa transformación de derechos de agua en ese tiempo, él firmó, en Iquique nos atendió un poco, dijo que iba a estudiar el asunto, y no pasó nada.

Pasaron los años, y seguimos haciendo sacrificios para poder pagar al abogado, haciendo el plato típico de nuestra región, que se llama *calapurka*, que todos los meses hasta la fecha se vende, y con cuotas sociales.

El 11 de julio del 2002, el 7º juzgado civil de Santiago acogió nuestra demanda y nos devolvió nuestras aguas en gloria y majestad. Pero con gran sorpresa apelan no solo la empresa liderada por el señor Villarrú, sino también, la Dirección General de Aguas. Ello, a pesar de que hay un convenio marco en donde su deber no es defender a un particular. En el año 2004 la Corte de Apelaciones rechaza nuestra demanda, en una carilla. Nuestra desesperación llegó al límite y tuvimos que recurrir a un recurso de casación en el fondo.

Entonces, el día 5 de mayo fuimos a la Corte Suprema al debate final y nos encontramos con una sorpresa aún más grande, que en contra nuestra estaban la Dirección General de Aguas, el abogado, y el Consejo de Defensa del Estado, junto al señor Villarzú con su abogado. ¿Qué les parece? ¿Dónde está el criterio del Fisco de Chile que enmarca un convenio con la CONADI? Claro, ellos pueden hacer lo que quieran hacer no más, ellos son mandados de arriba.

Por eso nosotros, gracias a las instancias internacionales sobre el conocimiento de nuestros problemas que hemos tenido, y gracias a la señorita Nancy Yáñez y al señor José Aylwin se inicia una demanda internacional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ya no quedaba más remedio. Mandé una carta a la señora Presidenta, y después de tantas cosas que sería largo contar la respondió diciendo que ella va a hacer todo el empeño, en Iquique, porque el caso está en los tribunales de justicia.

Yo digo, ¿qué podemos esperar nosotros ahora? Que los organismos internacionales se preocupen certeramente de esto, eso esperamos.

El 31 de agosto de este año, el juzgado de Pozo Almonte acogió los derechos de agua que en gloria y majestad nos devuelve nuestras aguas. Sostiene que: “*la comunidad Chusmiza Usmagama es dueña de sus aguas por derechos ancestrales, el gobierno y la sociedad en general tiene la obligación de proteger los territorios*”. Pero, nuevamente para sorpresa nuestra, viene otra apelación ante la Corte de Apelaciones de Iquique.

Entonces díganme ustedes ¿podremos llegar otra vez a lo que ya nos pasó, con la intervención de señor Villarzú, del señor Guillermo Atria, en los tribunales de justicia? Esperamos que no, tenemos confianza en Dios y tenemos confianza en las instancias internacionales, en ustedes, que nos apoyan. Porque este pueblo no puede desaparecer, porque es dueño de su agua desde que Dios le diera vida.

Muchas gracias.

## IMPACTO DE LA EXPLOTACIÓN IRRACIONAL DE AGUA EN LA CUENCA DEL SALAR DE ATACAMA Y SECTOR ALTOANDINO

*ERNESTO CERDA*<sup>1</sup>

La comunidad de Toconao se encuentra en la comuna de San Pedro de Atacama, en la provincia de El Loa, Segunda Región. Forma parte de un conjunto de pueblos originarios de la cuenca del salar de Atacama pertenecientes a la cultura atacameña o lickanantay. Toconao en lengua originaria kunza significa ‘rincón escondido’. La comunidad respeta y mantiene sus tradiciones las que en su mayoría son de carácter religioso, otras en cambio tienen relación con el carnaval. Pero lo más sobresaliente es el respeto por su tierra, el respeto a sus cerros, a sus aguas.

Por su ubicación en la precordillera de la cuenca del salar de Atacama, depende del recurso agua que de manera superficial proviene del sector altoandino, siendo limitado este recurso pues cada año las lluvias son más escasas.

Sus límites ancestrales no han sido oficializados. La asignación de territorios al proyecto “ALMA” es una clara muestra de que para el país no existe el respeto por el derecho ancestral”.

Desde hace dos años el gobierno tiene el ofrecimiento de asignar 55.000 hectáreas como propiedad de Toconao. Esto no refleja otra cosa que un total desconocimiento o la nula intención de reconocer la propiedad ancestral. Este terreno se encuentra en pleno desierto, abarcando una parte de la cuenca del margen este del salar de Atacama y un sector de

---

1 Toconao

la precordillera. Por tanto, el pueblo no participa ni está de acuerdo con esta idea. Pese a que ya hace dos años que está la oferta esta no se ha materializado. Nos preocupa el hecho de que si bien es cierto que se podrían asignar esos terrenos a la comunidad, no se le garanticen reservas de agua para el futuro. El sector cordillerano es donde se encuentran los mayores acuíferos, asociados a sedimentos volcánicos, Por lo tanto una de las demandas de la comunidad atacameña de Toconao es que el Gobierno reconozca el territorio ancestral, que compromete el sector cordillerano y altoandino, precisamente en la parte más ancha de Chile.

Debemos señalar, además, que muy cerca de este lugar pasa una línea natural que es el Trópico de Capricornio. Ello impide la presencia prolongada de nieve en las altas cumbres, y por ende el recurso hídrico es cada vez más escaso. Las futuras generaciones no tendrán asegurada su existencia, desde el punto de vista hídrico: si no hay agua no hay vida. Y si alguien quiere un ejemplo, que visite Toconao. A un par de kilómetros al sur de Toconao existió una aldea denominada Pucos, y la gente tuvo que emigrar porque simplemente el agua desapareció, hace solo 30 años. El sector minero en auge en la zona, que demanda un alto consumo de agua para sus procesos productivos, los derechos constituidos y la demanda futura próxima, son una amenaza real que atenta contra los ecosistemas asociados al salar de Atacama.

La Segunda Región tiene tres provincias, siendo una de ellas la provincia del Loa, ocupando Toconao el margen Este de la cuenca del salar de Atacama. Lo que pretendemos nosotros es mostrar el efecto que está ocasionando la extracción de agua, efecto que abarca toda la cuenca del salar y el gran participante de esto es sin duda el sector minero.

El salar de Atacama tiene una extensión aproximada de 100 kilómetros de norte a sur, con tres grandes sistemas lacustres, uno de ellos el sector Soncor. El sector de la Reserva Nacional Los Flamencos, es una reserva tan especial, que cuando se generó el gobierno de entonces no permitió que la reserva incluyera distintos sectores. Sin embargo, se hizo una gran excepción y esta reserva tiene siete sectores completamente diferentes, como por ejemplo el Valle de la Luna, que forma parte de la Reserva Nacional Los Flamencos, el sector donde está la pampa de Tamarugos, cercano a Toconao. También está dentro de la reserva, el sector Tambillo. Su declaración como reserva fue una manera de

proteger, de conservar, de asegurar en el futuro cercano que se veía venir la existencia de estas áreas.

Además, existe el sistema lacustre Peine, que está en el extremo sur en el margen Este, que no es menos importante porque acá existe un poblado de características muy especiales, no solo por su gente y por su tradición sino también desde el punto de vista ornitológico, ya que acá se han hecho registros importantes para el conocimiento nacional e internacional de especies. La minería está presente básicamente en este núcleo, en el extremo sur, porque el salar, si hacemos un corte en el sector norte, donde se encuentra el poblado de San Pedro de Atacama, su profundidad es mínima, pero a medida que el salar de Atacama avanza hacia el sur se genera la mayor profundidad, y por lógica la mayor concentración de sales mixtas, que dan origen a la extracción de la minería no metálica. Aquí se saca cloruro de potasio, cloruro de sodio, sales ricas en litio, salmueras concentradas de litio. Después de varios meses de procesos de evaporaciones del salar estas sales son llevadas a una planta en la cercanía de Antofagasta, donde se obtiene el carbonato de litio, y el proceso final se desarrolla en una planta que fue construida por SQM en Estados Unidos, en el estado de Texas, donde se obtiene el litio metálico. Como todos sabemos, el litio es un compuesto que permite la confección, la manufactura, de acumuladores de energía. Los desechos no quedan en Chile, sino en Estados Unidos, ya que parte de esos desechos son utilizados en el combustible de naves espaciales.

¿Por qué nosotros denominamos que esto es además una amenaza para la vida silvestre en el salar de Atacama? Porque la extracción de salmuera iniciada en los años 90 ha ocasionado una disminución en los niveles de las lagunas donde habitan las parinas.

La aprobación del último estudio de impacto ambiental presentado por SQM, es un hecho irresponsable de parte del Gobierno de Chile. Yo asumo a título personal las palabras que pudieran ser hirientes, y lo hago a título personal porque soy voluntario y llevo 21 años en la zona y señalo que es irresponsable. Voy a citar un ejemplo: nosotros, en Tocopilla, trabajamos y salvamos el salar de Puxsa, ubicado en el sector altoandino. Cuando se presentó el estudio de impacto ambiental al Sistema de Evaluación, la COREMA, que como todos sabemos está compuesta por el Intendente y autoridades sectoriales que no

necesariamente se manejan en el tema ambiental, falló 13 contra 3 a favor de la realización de este proyecto. En ese caso nosotros pensamos que sin duda estábamos frente a una gestión netamente política, hoy día es de un sector, mañana va a ser de la derecha, pasado mañana de centro o de dondequiera que sea, pero es un tema netamente político. La prueba de ello es que se realizan gestiones a través de don Eduardo Choque, en Calama, Aucan Huilcaman, en Temuco, se envían documentos al exterior y en dos meses fue revertido el fallo. El gobierno, don Ricardo Lagos, ante la sugerencia de las Naciones Unidas, dice “esto no puede ser”, entrega nuevas instrucciones a sus representantes sectoriales en la Segunda Región y el fallo pasa a ser por unanimidad que el proyecto se suspende, y en esa situación se encuentra. Todos lo sabemos, que estamos frente a un sistema que definitivamente no sirve para nada.

¿Que ha pasado con el agua en lagunas del salar?

En cuanto a registros fotográficos, las comunidades no disponemos de grandes recursos, no solo la comunidad de Toconao, todas las comunidades. Ello a diferencia de Minera Escondida, de SQM, que se ha repartido prácticamente todos los recursos y han creado una tremenda red de monitoreo, ellos saben y manejan los datos, son excelentes manejadores de estadísticas.

Los pocos registros disponibles son obtenidos a través de actividades que nosotros realizamos, actividades sin fines de lucro, actividades educativas. Por ejemplo, a niños de diferentes escuelas de Calama, que por su alto rendimiento el Ministerio de Educación decidió premiarlos y los envió a una actividad al salar. Y en un momento lo que se fotografió como para el futuro, para que los niños tuvieran este recuerdo, se transformó en algo más, porque en las fotografías podemos ver un pequeño islote al centro de esta laguna, eso fue el año 1999.

En otra fotografía tomada en el año 2005, se nota la disminución del volumen de agua. Para darse cuenta no hay que ser científico ni ingeniero civil hidráulico, simplemente hay que tener sentido común. Cualquiera persona puede percibir esto, esa es nuestra intención, en el lenguaje común una imagen habla más que mil palabras.

Continuando con el énfasis sobre la restitución de los bienes, tenemos un indicador en la laguna del río Burro Muerto, denominada turísticamente



Chaxa. En ese sector existe un convenio entre la Corporación Nacional Forestal y SQM, y que llevan varios años con una red de monitoreo, con términos científicos, con gráficos, que a la luz de los hechos, simplemente no es confiable. Una de las medidas más lógicas sería enterrar estacas en todos los márgenes, haciendo una medición perimetral de los cuerpos de agua con registros fotográficos, si bajan o no bajan los niveles, lo que no se ha implementado por distintos motivos.

Este sector está siendo administrado a través de un contrato de asociatividad entre la CONAF y la comunidad atacameña de Toconao, el que de alguna manera nos permite generar recursos. Pero más que recursos nos permite asegurarnos in situ de que el lugar va a ser protegido. En lo personal, siempre he planteado que mejor que la misma gente de los pueblos originarios trabaje, administre y sea responsable de los recursos naturales.

Este sector cumple varios objetivos. Primero que nada, estamos frente a un sistema lacustre salino de importancia mundial. Ello porque en una laguna del salar se reproduce el noventa por ciento de la población mundial de flamenco andino. Este lugar sirve además para dar clases al aire libre sobre medio ambiente, para que diversas delegaciones puedan apreciarlo en el mismo lugar.

SQM declara que saca en salmuera quinientos setenta y ocho litros, y con ello ha disminuido en catorce centímetros el nivel de las lagunas. Con este estudio de impacto ambiental, aprobado por la COREMA, se le permite a SQM aumentar de quinientos setenta y ocho a mil setecientos litros, y con eso básicamente las lagunas tienden a desaparecer.

SQM, junto a CONAF, lo que han hecho es anticipar la construcción de pozos, han perforado muchos pozos cercanos al lugar de hábitat de los flamencos o parinas con el propósito de estar atentos y ante la disminución notoria de los niveles de agua. En ese caso ellos pretenden reinyectar, extraer salmuera pura de un pozo e inyectarlo a una laguna. Pero las características físicas y químicas de las aguas de nivel freático, subterráneas, no son las mismas de las aguas que están presentes en las lagunas. Las aguas que están presentes en las lagunas ya forman parte de un biotopo, con la presencia de una biosinosis, tenemos un ecosistema, tenemos toda una vida tremendamente importante.

Nosotros estamos gritando solos en el desierto, y tenemos muy pocas organizaciones que nos han oído, precisamente por la distancia, por el aislamiento, el centralismo no es solo Santiago versus el resto, el centralismo entre la municipalidad y la comunidad de Toconao. Es prioritario hacer un cambio radical en el sistema de impacto ambiental, porque las comunidades somos informadas a destiempo o simplemente no se nos considera. Toconao no participó, llevaron el estudio de impacto ambiental cuando ya habían vencido todos los plazos, simplemente para que tomáramos conocimiento y lo viéramos por si acaso, lo que es más triste, las autoridades sectoriales, que representan los intereses del país, no representan los intereses de los pueblos indígenas.

¿Qué falta por hacer? Hacer público este hecho. La comunidad no se encuentra reconocida constitucionalmente, sus territorios ancestrales no han sido reconocidos ¿Y por qué se insiste tanto en esto de los territorios? Porque ancestralmente Toconao y todos los pueblos del sector altoandino en la cuenca del salar de Atacama tuvieron una pertenencia del desierto, la precordillera y el sector altoandino. Siempre tuvieron mucha comunicación, con Argentina, con Bolivia, y las reservas de agua están arriba.

Frente al último estudio de impacto ambiental de SQM para aumentar su explotación irracional en el salar de Atacama, nosotros presentamos un recurso de protección y su costo fue financiado enteramente por la comunidad de Toconao. También se presentó un recurso de reclamación ambiental a la CONAMA, y esperamos tener alguna respuesta desde el punto de vista legal, o gubernamental.

Pero además deseamos que esto no se mantenga con un bajo perfil publicitario. Necesitamos la ayuda de organismos no gubernamentales. Agradezco la presencia considerable de personas interesadas en este tema.

Muchas gracias.

## IMPACTO DE LA EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL OASIS DE PICA

*SUSANA GUAGAMA<sup>1</sup>*

*Pica*, en lengua quechua, significa flor en la arena. El pueblo de donde vengo es un hermoso oasis con aguas semitermales, con microclima, y una población cercana a los cuatro mil quinientos habitantes. Estamos ubicados a 127 kilómetros, en la precordillera, al sureste de Iquique. Tenemos a nuestra cabecera, en la cordillera, la laguna del Huasco; por el lado sur, pasado la quebrada de Guatacondo, los salares de Michincha y Coposa. Nuestra principal actividad económica está en la agricultura y el turismo. Tenemos por más de 600 años, aguas surgentes día y noche, sin ningún costo para los agricultores, aguas surgentes que fluyen por cuatro vertientes, que sirven aproximadamente para 120 hectáreas de riego por inundación.

Sobre nosotros, sobre la comuna de Pica, consideramos que tenemos una amenaza latente de muerte, y voy a explicar por qué.

La minera Doña Inés de Collahuasi ha solicitado a la Dirección General de Aguas 902.3 litros por segundo de agua del salar de la laguna del Huasco, de donde nosotros decimos que fluyen nuestras vertientes. Por el año 2002, 2003, aproximadamente, se secó la laguna de Michincha, ubicada en nuestra comuna. Debido a esto, nosotros, como asociación de propietarios agrícolas, hicimos una denuncia a la COREMA, y el director regional de entonces nos respondió con una carta donde nos

---

1 Secretaria de la Asociación de Agricultores de Pica.

explica que ellos no tienen las herramientas legales para hacer un reclamo a la minera Doña Inés de Collahuasi. Es increíble que en un país como el nuestro se creen organizaciones para defender el medio ambiente, la naturaleza, la biodiversidad, y no tenga las herramientas para hacerlo. Es así como murió Michincha.

La otra laguna, la cuenca de Coposa, con 60 litros de agua por segundo, algunos dicen que con 90 litros de agua por segundo, era una maravilla que ahora está en proceso de agotamiento por parte de la minera Doña Inés de Collahuasi, llegando a tener en la actualidad 19 o 20 litros de agua por segundo. Esto está originando una sequedad de kilómetros y kilómetros de vegas y bofedales. Los lugareños del sector han tenido que emigrar a la precordillera, porque se afecta la vida vegetal y animal, en consecuencia, se afecta, también, la vida del hombre que vive ahí porque depende justamente de ella. Pienso que en esto también se involucran los derechos humanos.

Por gracia de Dios, el 6 de octubre 2005 las autoridades locales tomaron conocimiento y conciencia del daño que estaba ocurriendo en la cordillera y visitaron Coposa y Michincha. Se encontraron con Michincha totalmente seca y Coposa en vías de sequedad. Ante esto, la autoridad llamó a las mineras y les pidió una explicación por este daño. Como consecuencia de esto se les rebajó entre 250 y 300 litros por segundo en dos años, se les disminuyó sus derechos de aprovechamiento de agua, y se los instó a presentar un estudio de mitigación de los bofedales. Y en eso están actualmente, proporcionando agua a la vertiente a través de bombeo, una recuperación artificial, muy costosa, y mentirosa, porque esos costos los puede solventar la minera ahora, mientras ellos estén, con bombas, personal y mantención, pero los lugareños del sector no lo pueden hacer. ¿Qué va a pasar cuando la minera ya no esté?

En su oportunidad, los agricultores presentamos a la COREMA de Tarapacá un documento con las observaciones al estudio de impacto ambiental que presentó la minera. Ambos documentos demuestran que no nos equivocamos, esto nos da la certeza de que lo que estamos pidiendo es correcto.

En los estudios que presentó la minera, decían que existía la probabilidad remota de que hubieran mermas en estos acuíferos y que estos se iban a presentar por el año 2025. Gran equivocación, la evidencia ha demostrado

que los impactos se han presentado ahora, en menos de cinco años, a pesar de no estar haciendo uso de la totalidad de los caudales sobre los que ellos tienen propiedad. Esto demuestra dos cosas: por un lado, graves errores en los modelos hidrológicos desarrollados para predecir el comportamiento de los acuíferos, en particular, y del sistema, en general; y por otro, que la empresa haya hecho sobreexplotación de los acuíferos, por encima de los niveles permitidos. Cualquiera de estas dos cosas los delatan. Fallaron en sus estudios en un ciento por ciento, y los mismos demostraron lo que nosotros decíamos.

Como les decía anteriormente, al año 2003 teníamos Michincha seco y Coposa con grandes deterioros. Este es nuestro principal argumento para defender que no se puede sacar agua de la laguna del Huasco.

La cantidad que ellos piden, 902,3 litros de agua por segundo, significaría secar la vegetación que viene de cordillera a mar, incluyendo los valles de Pica, Matilla, Pampa del Tamarugal y otros poblados, que viven de la agricultura. La minera Doña Inés de Collahuasi justifica las mermas con los ciclos de sequía naturales. Los hay cada tres, cinco u ocho años, pero estos ciclos por ser naturales se recuperan, a diferencia de cuando hay una intervención del hombre, eso es irrecuperable, aspecto que ellos no pueden entender.

Nosotros hicimos presente ante la Dirección General de Aguas que no se puede otorgar a la minera más de 200 litros de agua por segundo del salar del Huasco. No se puede otorgar más, ya que con eso los pequeños agricultores correríamos un riesgo.

Había un poblado cerca de Pica que se llamó el Valle de Quisma. El Valle de Quisma fue secado por decisión gubernamental. Sus aguas fueron llevadas a Iquique, y los lugareños, entre ellos mis padres, mis abuelos, mis tíos, tuvieron que emigrar del Valle, dejarlo todo, sus casas, sus plantaciones, sus muertos, todo.

Esa experiencia ha marcado a fuego lo que nuestros padres y nuestros abuelos nos han dicho. Mi tía, antes de que yo viajara hacia acá me dijo: *“me recuerdo, hija, la última vez que fui al Valle, fui en burro y me paré y vi que todos los cítricos que había, toda la vegetación, estaba amarilla, cuando eso era floreciente, verde, hermoso, se estaban*

*muriendo los árboles. Esto no quiero para mi pueblo, esto no quiero para Pica”.*

No estamos hablando sobre si la minera saca el agua hoy, hoy mismo nos vamos a secar, estamos hablando de 30 ó 40 años más, pero tenemos que mirar el pasado para aprender de él, para que esto no vuelva a suceder. Nosotros queremos para nuestros hijos de Pica, lo que amamos, el floreciente, ese Pica es el que queremos para nuestras generaciones futuras.

La minera nos dice que el futuro de Pica no tiene ninguna relación con que se saque agua de la cordillera, porque ellos postulan una tesis que dice que una gran roca atraviesa la cordillera y que hace que sea como impermeable y que no pase a los valles. Mientras que nosotros decimos que esa gran roca fue fisurada por un gran cataclismo y por esas grietas fluye el agua a los valles, ese es nuestro postulado. Para poder probarlo necesitábamos un estudio geofísico de alto costo, imposible de solventarlo por los pequeños agricultores. Golpeamos muchas puertas y no fuimos escuchados. Le solicitamos a la misma minera que ellos solventaran ese costo, que ellos lo asumieran, y no quisieron. Y yo me pregunto ¿por qué, si era una manera que ellos tenían de probar científicamente que tenían la razón, no lo hicieron?

Han pasado más de ocho años de conversaciones entre la minera y los agricultores, y la última propuesta de la minera fue darnos 300 millones de pesos para hacer sondajes, donde quisiéramos, pero ellos seguían siendo dueños de los sondajes y nosotros poníamos el transporte. Era una ofensa, era una burla para nosotros, y los agricultores no lo aceptamos. Desde ese momento las conversaciones están congeladas.

Las autoridades nos han dicho que la minera cuando solicita derechos de aprovechamiento de agua lo hace de una manera legal, con todos los estudios de impacto ambiental. Entonces, al parecer, ellos no se pueden negar a eso. Pero nosotros, como contraparte, presentemos pruebas, documentos, que demuestran que tenemos la razón. Entonces, ¿qué más pruebas?, ¿qué más certeza del desastre que hay en la cordillera?, ¿qué más tienen que tener? Pienso que no hay peor sordo que el que no quiere oír y ciego que el que no quiere ver. No quieren verlo, simplemente.

La declaración del medio ambiente plantea una amenaza creciente para el logro de un proceso de crecimiento sostenido. Es esencial, por ello, que toda política que protege el medio ambiente supone que pase por un estudio exhaustivo de los proyectos que pueden ocasionar cambios irreversibles al medio ambiente y conlleven la renuncia a otras opciones viables de desarrollo, de crecimiento y de calidad de vida.

Estamos convencidos, y lo hemos demostrado de manera suficiente, que en la situación actual podría producirse la desertificación de Coposa, y posteriormente de Huasco. Con ello, se amenaza la historia, el presente y el futuro de la comunidad de Pica y de los sectores vecinos.

No se trata de transformar el desarrollo sustentable en una carga que frene el desarrollo, solo pedimos que este desarrollo sea benéfico para las generaciones actuales y futuras. Ello exige la aplicación del principio: 'el que contamina paga', ese principio es perfectamente aplicable. Apelamos y tenemos fe de que tenemos la razón, y con la protección del Supremo Hacedor, la comprensión y generosidad iluminará las mentes y tocará los corazones de quienes deban adoptar las importantes decisiones para resolver los problemas aquí planteados.

Esa es la esperanza que tenemos.

Me voy a referir a la persona que debiera estar acá, en este momento, que por motivos de una enfermedad terminal no está presente. Me refiero a una mujer de 81 años, doña Luz Morales Núñez, oriunda del Valle de Quisma, quien les envía a todos un saludo fraterno

Ella es una mujer luchadora, incansable en la defensa de los derechos de los pequeños agricultores, del medio ambiente y de nuestras aguas en especial. Ella, pequeña en tamaño y frágil a la vista, pero de gran valor, perseverancia y coraje, es la persona que ha estado encabezando esta lucha por tantos años, muchas veces incomprendida, humillada, pero nada la amilanó. Por ella, y por seguir su causa, estoy aquí.

Gracias tía, yo seguiré tus pasos.

Muchas gracias

**DESECAMIENTO LAGUNA SECTOR LAGUNILLA  
EN EL TERRITORIO ANCESTRAL  
DE LA COMUNIDAD DE CANSOSA**

*ANTONIO MAMANI<sup>1</sup>*

Soy Antonio Mamani, representante de la comunidad indígena aymara de Cancosa. Como se señaló, en los primeros años del proceso para levantar una ley indígena para Chile, fui el primer subdirector nacional de la CONADI en el norte.

Quisiera comenzar haciendo carne de lo que ayer se señaló. Yo creo que estamos en una mesa en la que, precisamente, tenemos que tener mucha conciencia de lo que estamos señalando, y eso pasa por poder identificarnos cabalmente en lo que significan nuestras raíces, nuestra cosmovisión. En esa perspectiva quisiera hacerles un saludo muy cordial en nuestra lengua (saludo en lengua aymara). En el saludo señalo un espíritu muy cordial de poder colaborarnos, de poder hacer carne todas estas problemáticas, y que en definitiva podamos ayudarnos para que de alguna manera todo esto vaya saliendo bien en la mirada de la cosmovisión de nuestros pueblos ancestrales.

El tema tiene que ver con el daño ambiental del territorio de Cancosa por la compañía minera Cerro Colorado, que es una filial de la gigantesca empresa BHP Billiton.

Una historia muy breve. Esto comienza más o menos en el año 1981, en una relación que comienza con nuestros abuelos, con nuestros

---

1 Secretario Asociación de Comunidades Rurales



antepasados, que ya hoy día están todos fallecidos. Justamente el último que falleció, don Juan Moscoso, fue el último de los abuelos que nos quedaba. La empresa llegó a nuestros territorios con el cuento de siempre, que va a traer el desarrollo, que va a traer expectativas, y que vamos a iniciar una relación armónica en términos de poder hacer algo para generar trabajo en la zona. En ese entonces esta minera realizaba varias mesas de conversaciones con nuestros abuelos y les piden la posibilidad de que les arrienden un espacio de un territorio a objeto de ellos poder prospectar los pozos y sacar agua subterránea.

Yo quisiera contextualizar en este tema, porque es muy delicado. Hay que entender que el conocimiento de nuestros abuelos en términos de pensar en las aguas subterráneas a más de 100 metros bajo nivel de la tierra y el impacto de su extracción en la capa freática que hoy día estamos viendo, naturalmente era limitado. Es más, nuestros abuelos tenían, el sentido común de una relación armónica, y en ese sentido tenían, podríamos decir, ‘ingenuidad’, de buena voluntad y acceden a esta iniciativa. Estamos hablando de diciembre de 1981. Recuerden ustedes que el nuevo código de aguas que hoy día está vigente se dicta precisamente por el año 1980, 1981. Yo diría que estos son de los primeros litros de agua subterránea que inscribe la compañía minera.

En ese contexto histórico hay también sorpresas. Por ejemplo, cuando se conversa entre los abuelos y los representantes de la minera ellos hablaban de un arriendo y de montos que no daban cuenta del valor real de los recursos medibles en ese tiempo. Porque todavía no se pensaba en la producción de la minería, no se pensaba ni siquiera cómo iba a ser la extracción de aguas. De tal forma que estamos hablando de una cosa muy de futuro abstracto, pero de alguna manera ellos entendían que el contrato de arriendo de la tierra, de esa superficie, debían haberlo hecho en conjunto. Pero en esas mesas de trabajo la política siempre era la de los hechos consumados; el abogado ya venía con el contrato hecho, un buen asado para poder tener una buena reunión, cosas de esa naturaleza, que hoy están en los antecedentes que nosotros hemos ido recopilando.

Los desencuentros que se producen, después de esta firma de convenio, comienzan por ahí por el año 1985. La primera sorpresa fue que convencen a uno de nuestros abuelos, de que le venda sus derechos a la compañía. Eso les produjo a nuestros abuelos mucha desconfianza y preocupación. Por otro lado, hubo la firma de una servidumbre y

contrato, en paralelo con los derechos que nosotros habíamos resuelto con ellos. Esto a raíz de que en las comunidades a veces sobre el mismo territorio hay dos escrituras por el mismo terreno y eso ocurría en nuestro sector. Felizmente eso lo hemos resuelto hoy día porque esa escritura la tenemos recuperada.

Posteriormente a este desencuentro, en el año 1985 la comunidad hace que se produzca un primer encuentro con los representantes de la minera a objeto de conversar estos problemas que ellos veían evidentes. En ese entonces se llega a un Acta de Acuerdo en el que se precisan algunos aspectos, como qué se entiende por trabajo, qué se entiende por beca, qué se entiende por algunos aportes que ellos señalaban. Con todos esos antecedentes históricos, nosotros hoy día podemos señalar con precisión que ellos actuaron de mala fe en cada uno de los procesos, desde estas mesas que se suscribieron con nuestros abuelos, hasta la situación en que hoy día estamos.

Desde el aspecto técnico también debo contarles que ha habido una serie de irregularidades, porque en sus análisis y en todos sus estudios de impacto ambiental, la empresa señaló siempre que estamos ante una cuenca confinada, o una cuenca cerrada, entendiendo que a 100 metros bajo el nivel de la tierra existían bolsones de agua que eran fósiles prácticamente, de tal manera que no tenían relación con el escurridizo de las aguas subterráneas que se producen de las lluvias, etcétera. Este era como un argumento muy fundamental que ellos expusieron a nuestros abuelos para entender y convencerlos de este arriendo que yo les señalaba.

Pero nosotros, la nueva generación, nos propusimos hacer un estudio real de lo que significaba el manejo de las cuencas y el tema de la relación hidrogeológica. Y ahí nos fuimos dando cuenta, después de dos o tres años de estudio, que efectivamente estamos frente a una cuenca abierta, de que los niveles freáticos, en la medida que las aguas se extraían, iban bajando y que ello generaba problemas con las aguas superficiales de la laguna.

En el contexto jurídico hubo otro problema, ya que ellos se aprovecharon de la mirada de nuestros abuelos. Porque acá estamos frente un caso en que nosotros arrendamos un territorio donde había agua, había vertientes, había lagunas, y hoy día tenemos la triste realidad de que la

capa freática ha bajado ocho metros, porque está en plena explotación de la minera, de tal forma que ya no están las cinco vertientes de agua y no está la laguna, la laguna también está seca. Por lo tanto estamos frente a un tema de mitigación, sacando agua de otros pozos para rellenar, pero eso es una cosa transitoria. De tal forma, en el contexto jurídico también hay un problema grave.

Ahora, muy breve también quisiera referirme a los antecedentes técnicos de instituciones públicas competentes en este caso. La DGA, por ejemplo, comenzó una investigación administrativa para verificar los daños que existen en este sector. En el año 1985 a través del ordinario N° 113, pide a todas las instituciones relacionadas puedan hacer un informe sobre esta situación. También la CONAMA se hace parte dictando una resolución para que se haga una investigación. Y finalmente, la DGA y la CONAMA certifican con claridad que existen problemas por parte de la minera, y que la minera además escondió antecedentes que debió haberlos puesto a disposición de la autoridad para mitigar estos problemas que ya les comenté. Por lo tanto, hay un incumplimiento de la obligación de informar la ocurrencia del impacto ambiental no previsto. La empresa no asumió las acciones necesarias para controlarlo y mitigarlo, lo cual trajo como consecuencia la grave afectación del bofedal y daño ambiental.

En cuanto a la situación actual de los incumplimientos, en febrero de 2006 la COREMA se pronunció nuevamente sobre esta situación. Y con eso denunciamos que había una baja de nueve metros del nivel freático y que, por lo tanto, el medio ambiente estaba dañado.

La conclusión de la COREMA tocaba cuatro temas, entre ellos: se reconoce que hay un incumplimiento al plan de monitoreo; la compañía minera también ha reconocido parcialmente que en relación con las medidas de mitigación no dio cumplimiento a su obligación de informar sobre impactos ambientales no previstos; se constata la existencia de daños ambientales en los bofedales y de lagunillas atribuibles a la responsabilidad de la minera Cerro Colorado.

La resolución N° 19, de 14 febrero de 2006, ratifica los hechos señalados y les aplica la máxima multa que da la ley, y me dirán ustedes ¿cuál en la máxima multa? Estamos hablando de alrededor de 1.500 UTM, y para la minera es más fácil pagar la multa que resolver el problema.

Así, yo creo, al día siguiente pagó la multa y con eso se dio por resuelto el problema.

Pero también logramos un cuarto elemento, que se hiciera parte de este caso el Consejo de Defensa del Estado. Hoy día estamos haciendo seguimiento para que el Consejo de Defensa del Estado también se haga parte, porque el medio ambiente no solo es de la comunidad, es de todos los chilenos, de todos los ciudadanos.

El sector de la Pampa Lagunillas muestra el impacto ambiental, donde se puede apreciar que hay una manchita de agua que es producto de un bombeo de otro lugar. El bofedal es producto de la inundación de agua. Por lo tanto, tiene que haber mucha agua para que exista un bofedal. Los bofedales de este sector se secaron producto de este impacto ambiental irreversible que nosotros señalamos. Hay vertientes secas, hoyitos en que antes salían alrededor de 15 o 18 litros de agua por segundo, hoy día están secos. También existían otras vertientes que eran menores pero que hoy también están secas alrededor de los bofedales y se puede ver el grave deterioro que se ha producido en el medio ambiente.

Eso es una relación de lo que es el desecamiento y la escasa cantidad de agua que existe producto del bombeo que hoy día se está haciendo como un hecho de la mitigación. Hay una solución transitoria que es el agua bombeada y sacada por cañerías y que se reinstala, y que es para limpiar su imagen social. Se está produciendo un reverdecimiento de los alrededores, pero es lo mismo que cuando usted en el patio de su casa echa agua sale pasto, pero cuando ya no le echa más agua se va a volver a secar. Y si bien es un tema que nosotros lo tenemos muy claro, ellos insisten en que es una manera de mitigación.

Con todos estos elementos que tenemos, históricos, técnicos y jurídicos, además de los antecedentes que de alguna manera nos han favorecido, como son las resoluciones tanto de la DGA como del COREMA y CONAMA, nosotros hemos tomado la decisión de iniciar un juicio histórico contra esta minera. Hoy día tenemos una demanda en la Corte de Apelaciones de Iquique, estamos trabajando en otros procesos, otros aspectos legales que van a ir emergiendo. Pero estamos en una lucha, y la idea hoy día es compartir con ustedes la lucha que tiene la comunidad de Cancosa, con todos estos elementos que les he contado. Lo más importante es cómo somos capaces de unirnos frente a estas

problemáticas, tanto de Chusmiza, como de San Pedro de Atacama, Toconao, Pascua Lama por supuesto, ya que en definitiva los problemas son similares, por lo mismo uno de los caminos debería ser cómo somos capaces de armar una red a objeto de poder ir apoyándonos para resolver estos problemas de una manera positiva para nuestras comunidades. Porque nosotros pensamos que somos gente de la tierra y vamos a seguir por mucho tiempo en nuestro territorio, y no nos interesa irnos de ahí.

El contenido de la demanda tiene cuatro aspectos: uno, la concepción del daño a una comunidad sociológica en general. Se entenderá que una comunidad indígena ancestral nunca va a comprender estos hechos de desecamiento de aguas, de lagunas, porque eso es indispensable para nuestros abuelos, para ellos hoy día esto es pensar en algo catastrófico, de hecho muchos pueblos han muerto, de tal forma que acá hay un daño en el aspecto sociológico; también hay un daño causado al patrimonio de la comunidad, del bien físico agua, bofedal. También, hemos demandado por el daño moral colectivo a la comunidad; y daños futuros que se van a producir producto de que se sigue explotando agua, y la minera está en pleno desarrollo.

Por eso decimos que se trata de una acción histórica, que pone a prueba la existencia de los principios que fundamentan la progresión del medio ambiente chileno, y en consecuencia tenemos que probarlo. Ese es nuestro desafío. Y pensamos que a pesar de todas esas trabas que van a existir, sí vamos a ser capaces realmente de ir avanzando en el futuro.

Quisiera solamente pedirles a ustedes, y especialmente a los estudiosos en materia de aguas, ayudarnos a denunciar estos aspectos que estamos viviendo en nuestras comunidades, que seamos solidarios frente a estos temas. Terminó diciendo que creo que es la hora de hacer una red de apoyo entre nosotros, entre todas las comunidades que hoy día nos encontramos afectados de esta manera, y que para nuestra concepción cosmológica es insospechable.

Nuestros abuelos, nuestros antepasados, hoy lloran por todas estas consecuencias y nosotros somos los encargados de hacer frente, con fuerza, con decisión, para que se haga justicia frente a la situación que hoy afecta a nuestras comunidades.

*Jayaya, Jayaya.*

## DERECHOS DE AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y COMUNIDADES CAMPESINAS DE CAÑAR, ECUADOR

CARMELINA MUÑOZ<sup>1</sup>

Vengo de un pueblo indígena llamado *Cañaris*, en Ecuador.

Ecuador está habitado por más de 13 millones de habitantes. Al sur del país está la provincia de donde yo vengo y se llama Cañar. En la provincia de Cañar están habitando 207 mil familias. Los cañaris vivimos de la agricultura y la migración. El 60% de los habitantes de Cañar somos indígenas quechua hablantes. Todos nos hemos formado para señalar *“pues ya, es hora de que los indígenas seamos como nos merecemos ser y vivir humanamente posible”*.

Cañar tiene siete cantones y ocho parroquias en donde estoy trabajando con más de 250 comunidades con jurisdicción cantonal pero sirviendo exactamente a 56 comunidades, incluidas cabeceras cantonales. Tenemos en Cañar una excelente laguna llamada Culebrillas, la madre de nuestra provincia y cantón, muy cuidada. Digo muy cuidada porque es lo único que nos queda para nuestra futura vida, ya que, como todos hemos sentido aquí, sentimos la pérdida y la muerte de nuestra pachamama llamada tierra.

Si bien es cierto, en el Ecuador tenemos supuestamente ley de aguas, que son excelentes, nunca son puestas en práctica. Tenemos Ley de

---

1 Centro de Apoyo a la Gestión Rural de Agua Potable, CENAGRAP, Cañar, Ecuador.

Aguas que ampara la forma humana de vivir para todos y cada uno, todos somos seres vivientes, incluyendo plantas y animales, porque no solo el ser humano siente sed. Sabiendo esto el pueblo indígena de Cañar ha dicho “*bueno, hagamos la unión y luchemos por algo nuestro, que es el agua*”, a sabiendas que el Estado nunca tomó en cuenta a las comunidades. A pesar de que teníamos la Ley de Aguas regulatoria en el país, la mayoría de los sistemas de agua potable comunitarios han sido construidos por ONG internacionales. En el año 1997 llegó el Consorcio Protos, el que apoyaba la construcción de sistemas de agua potable incluyendo financiamiento y asesoramiento técnico. Pero se ha creado mucho paternalismo en las comunidades porque siempre recibimos y no hacemos nada. Digo hacíamos, porque hoy estoy incluida por luchar por la sostenibilidad de los sistemas de agua potable comunitarios y la protección del medio ambiente. Es así como en el 2001, en las fiestas de Cañar, se firma un convenio tripartito para la sostenibilidad y la sustentabilidad de los sistemas de agua potable comunitarios.

El convenio, a diez años plazo, se pone marcha en abril de 2003, con un pequeño equipo a través del cual las comunidades que se organizaron. Con el pasar del tiempo las juntas fueron viendo que la única alternativa era el CENAGRAP, y se han ido acoplando. Hoy somos 56 comunidades y estamos facilitando apoyo a 5.300 familias. Hemos visto que nosotros estamos construyendo el futuro, con mucho esfuerzo, con mucho trabajo. Y las comunidades se sienten contentas y conformes de haber tenido con sus propias manos, con su propio esfuerzo, esta alternativa.

Por medio del convenio, el municipio va teniendo más recursos, tanto humanos como financieros. La gente indígena ha dicho “*ya pues, también los indígenas tenemos sed, tenemos hambre, queremos casa, queremos dormir, queremos sentir*”. Entonces la gente se está organizado por medio del CENAGRAP, sin depender ni apoyar a ninguna clase de política. El CENAGRAP es apolítico y arreligioso.

Los sistemas de agua potable son autogestionados por las propias comunidades, la protección de vertientes es realizada por las propias comunidades, con un poco de apoyo de las ONG. Ahora el CENAGRAP está apoyando en el asesoramiento técnico y socioorganizativo y un poco en inversión en caso de que los sistemas estén colapsados. Sin

embargo, nosotros hemos sentido el debilitamiento de las organizaciones comunitarias ya que la migración nos ha afectado muchísimo. Muchos líderes comunitarios han migrado, y eso, la pérdida de capacidades intelectuales y técnicas, ha hecho que los sistemas comunitarios se debiliten.

También como CENAGRAP nosotros estamos velando por la capacitación de los líderes en cada una de las comunidades en el área técnica y en el área socioorganizativa. Estamos asesorando también en el reconocimiento de leyes, de derechos propios, para poder organizar y tener mayor fuerza y reclamar lo que nos pertenece.

En cuanto a los páramos, a las alturas, estamos trabajando en mesas de trabajo organizados con Camarón, Consejo Provincial y los ministerios involucrados en el medio ambiente, porque esta es la única solución y la única alternativa que tenemos. Ella para que la gente tenga un poco más de vida humana y tenga un agua de calidad las 24 horas del día.

Es cierto que no todas las 250 comunidades están dentro de CENAGRAP. Este es un organismo que no se crea para construcción de sistemas, se crea para la sostenibilidad y la sustentabilidad de los sistemas a futuro. Ello porque entre los requisitos que ponen los municipios para suscribir el convenio es que el 70% de los sistemas comunitarios deben estar en su funcionalidad, para que pongan o sean miembros del CENAGRAP; que tienen que tener las sentencias adjudicadas a nombre de la comunidad; y las JAAP, las Juntas Administradoras de Agua Potable, tienen que tener legalización jurídica, por parte del Ministerio MIDUBI, un arma de doble filo dentro de las comunidades. Entonces nosotros inteligentemente hemos dicho *“no, las juntas tienen que estar administradas por sus propios dirigentes, sus propios líderes, y respetando la autonomía de cada una de las comunidades”*. Y eso es lo que hemos hecho, nos hemos hecho respetar, porque ya es suficiente, 500 años de resistencia indígena hemos tenido. Pero hemos dado estos pasos, son pasos fuertes, con un poquito de paciencia, gracias al apoyo de las ONG y la comprensión de las comunidades, nos hemos podido organizar de esta manera.

Compañeras, compañeros, lo único que puedo decir es que no nos demos por vencidos. Porque somos inteligentes, buscamos una alternativa. Es más, sabiendo que el agua es esencial, es vida, es la sangre de nuestra



Pachamama tierra, porque si estamos aquí es por el agua, debemos velar por nuestro mañana. Si no lo hacemos nosotros nadie lo va a hacer. Seremos fuertes, yo pienso que nada es difícil.

Gracias. Salud por el agua.

## EXTINCIÓN DEL OASIS DE QUILLAGUA, TERRITORIO ANCESTRAL DE LA COMUNIDAD DE QUILLAGUA

VÍCTOR PALAPE<sup>1</sup>

Pertenece a una comunidad aymara que está situada en la Segunda Región, en el límite que nos lleva hacia la Primera.

La agonía de Quillagua ha sido la de la contaminación. Supuestamente no hay responsables, pero sabemos que el único que usa el *xantato* es Codelco, y por eso Codelco es el responsable de la agonía de Quillagua. Nuestras aguas han sido contaminadas, y si tuviéramos el agua, que realmente es nuestra, tampoco podríamos hacer cultivos porque las tierras están contaminadas.

El gobierno es el responsable final de la situación de Quillagua. Hoy en día los que estamos viviendo en el valle estamos haciendo patria, porque queremos nuestra tierra, porque queremos nuestra agua, pero no esa agua contaminada. Creo que todas las comunidades tenemos que unirnos y hacer fuerza en esta lucha. Así como le pasó a Quillagua le va a pasar a todos si no nos unimos, si no hacemos fuerza. Unidos podemos trabajar juntos para sacar nuestras comunidades adelante.

Lamentablemente nosotros no hemos podido hacer demandas, porque no tenemos los recursos; hoy en día la gente vive solamente para comer. Tenemos una escuela con cuatro alumnos, los jóvenes se han ido, los que quedan son de tercera edad, ya no están aptos para trabajar y el gobierno los está apoyando con una jubilación de 60 mil pesos. Y de

---

1 Presidente de la Comunidad Aymara de Quillagua.

eso ellos viven. La juventud se ha ido toda a la ciudad, quedamos unos pocos pero estamos luchando para sacar nuestro valle adelante. No obstante eso, nos falta el recurso para poder luchar, para poder hacer demandas. Creo que las ONG deberían apoyarnos. Porque aquí en Chile no nos va apoyar nadie, los abogados chilenos no nos van a apoyar muy fácil porque nos vamos a ir en contra del gobierno. Entonces yo le pido a todas las comunidades cuando hay que hacer una protesta unámonos, juntémonos, todos, Primera, Segunda y Tercera Región, pero no nos quedemos sentados, porque hoy en día gente de la Primera Región está luchando por derechos de agua, la gente de Chusmiza. Pero ellos han luchado solos y lo están haciendo porque quieren su tierra y quieren su agua. Pero lamentablemente todas las comunidades que estamos acá reunidas, tanto en el norte como en el sur, no hacemos la fuerza necesaria para luchar contra el gobierno.

La escuela de Quillagua tiene cuatro niños. Día a día se están yendo los niños, tengo dos hijos míos que están en la escuela y la secretaria, que es de la comunidad, tiene dos niños más, y no hay más. ¿Si sacamos a esos niños, qué pasaría? La educación ha sido mala, la municipalidad no nos ha apoyado de la forma que tiene que apoyarnos. Tenemos una municipalidad que es de derecha y está metida dentro de un campamento minero, que es de SQM. Nosotros le mandamos solicitudes sobre la problemática de Quillagua, del estudio de los niños, y no nos dan respuesta, las cartas las pescan y las echan al basurero, ¿qué podemos hacer? Al gobierno se lo hemos planteado, se hizo una mesa de trabajo en la que hay entes del gobierno, pero lamentablemente llegamos a lo mismo porque las municipalidades son autónomas. El gobierno no puede hacerle nada a la municipalidad, y ahí quedamos entablados. Tenemos que obtener proyectos a través de la gobernación, pero la municipalidad, que es la que tiene que estar ahí, no nos apoya en nada.

Entonces, ¿qué está pasando en este país?, ¿qué está pasando con nuestras etnias? Lo mío es grave. Mi comunidad ya no quiere nada, la autoestima –estamos hablando de la gente de más edad– ya no existe. Dicen: *“nosotros vamos a descansar los bienes que nos quedan”*. Yo digo *“no, acá hay que luchar, si tenemos diez personas jóvenes unámonos, ustedes los más viejos, que vienen de atrás, ustedes serán el respaldo de la comunidad”*. Bueno, hoy en día han despertado y están ayudando, ellos, los más viejitos, que prácticamente hay que sacarlos y

llevarlos porque no pueden caminar, ellos no pueden ir a una protesta, ellos ya no van a la ciudad, por eso yo le pido a todas las comunidades que cuando hay que hacer algo tenemos que unirnos todos. Tenemos jóvenes en la ciudad, que están estudiando, pero ellos ya prácticamente se han ido y ya no piensan volver a los pueblos, son muchos los jóvenes que se nos han ido, Quillagua tenía alrededor de más de mil habitantes y hoy somos ciento ocho. Jóvenes no hay más de treinta y todos los demás son de la tercera edad.

La agonía de Quillagua: hoy en día la gente vive solamente de sus recursos que le da el árbol y así estamos matando nuestra vegetación. No tenemos otro recurso, solicitamos a Codelco que nos ayudara a un grupo de artesanos, y el único recurso que nos ha dado Codelco desde que contaminó el agua fue darle cuatro millones de pesos a un grupo de artesanos. Imagínense, desde el año 97 a la fecha ha dado cuatro millones de pesos para Quillagua, o sea una migaja, nada.

El grupo de artesanos está trabajando el árbol nativo, que es el algarrobo; también estamos trabajando con una universidad que es de la Primera Región, la Universidad Arturo Prat, para el subproducto del algarrobo. Hemos encontrado muy buenos resultados porque el árbol nativo de Quillagua, esta especie no está en cualquier parte, Quillagua es el único lugar en que está esta especie, el *Prosopis Alba Blanco*. El fruto de ese árbol estaría siendo para nosotros el chocolate, es lo que se puede sacar del algarrobo, y esos estudios están hechos; también se vio donde podría estar depositado el componente, el metal pesado, y no lo tiene, también los estudios están hechos.

Esa sería una solución para Quillagua, pero hemos tenido que recurrir nosotros mismos, yo mismo como dirigente he tenido que andar luchando, a mí nadie me ha dicho “*aquí tienes plata para que vayas a tal parte*”. He tenido incluso peleas con mi señora por salir, dejar mi casa botada para estar en un lado y en otro lado. Y ella me dice ¿pero por qué? Porque yo quiero a mi tierra y por eso es por lo que estoy luchando. Nosotros queremos nuestra tierra, queremos nuestra agua, y que nos devuelvan nuestra agua. Yo me he encontrado con dirigentes que me han dicho “*señor Palape, ustedes vendieron los derechos de agua, ¿qué es lo que quieren ahora?*”. Lamentablemente nosotros no vendimos el derecho, lo que se vendió fue un papel, porque a Quillagua en el año 1957 ya el agua no estaba llegando. Además nos robaron

las inscripciones de agua, nosotros teníamos 600 litros de agua por segundo, que llegaban a Quillagua, y la Dirección General de Aguas nos inscribió 120 litros por segundo. Todo el valle ha sido agrícola, toda la vida, ese fue un robo que hizo el gobierno, la Dirección General de Aguas nos robó las aguas. Cuando las personas fueron a inscribir sus derechos de aguas ellos decían “yo estoy inscribiendo tres litros por segundo, tres hectáreas”, y la secretaría anotaba 1/4, y después cuando le entregaban la escritura se la entregaban con 1/4 de agua. Eso fue un robo, es lo que sucedió en Quillagua. ¿Y por qué sucedió esto? Porque había gente ignorante, gente en que no tenía estudios y que no sabía leer. Y también hubo manos enguantadas que se metieron de por medio, a Chiuchiu le pasó lo mismo que pasó en Quillagua.

Entonces, para Quillagua yo creo que la única solución de hoy es unir las fuerzas como comunidad, porque nosotros nos conformamos hace muy poco tiempo como comunidad aymara. Alrededor de tres o cuatro años atrás, solamente existía en Quillagua una junta de vecinos, y la junta de vecinos ustedes saben muy bien que no es la fuerza, es para otros objetivos.

Yo quiero que las comunidades hagamos la fuerza, porque en Quillagua, que era lugar de paso, hubo atacameños, quechuas, aymaras, todos centrados en Quillagua, pues Quillagua era el lugar de centro donde llegaban todas las etnias y de ahí se repartían, seguían su camino hacia la playa, hacia el norte, hacia el sur. Y por eso pido a las comunidades que hagamos la fuerza para poder luchar.

Bueno, yo al despedirme quiero dar las gracias y a las ONG que se encuentren que por favor hagan algo para apoyar a Quillagua.

Muchas gracias.

## EL AGUA, UN PROBLEMA COMÚN DE LAS COMUNIDADES ATACAMEÑAS

*JOSÉ DOMINGO PÉREZ<sup>1</sup>*

Mi nombre es José Pérez, soy vicepresidente de la comunidad de Chiuchiu, ubicada en la segunda región, a 33 kilómetros de la ciudad de Calama. Chiuchiu en kunza quiere decir ‘pájaro local’.

Antes de que el Estado regularizara los derechos de agua ya existían muchos pedimentos que fueron otorgados a las mineras y a las empresas particulares a los pies de la cordillera en el sector donde pertenecemos nosotros, el Alto del Loa, (ahí le cambiaron el nombre, porque ese sector era Atacama la Chica y San Pedro de Atacama era Atacama la Grande). En ese entonces fueron otorgados esos derechos y se canalizaron a través de cañerías, dos cañerías que pasaban por un puente. Hay varias cañerías de esas; unas llevan agua para la producción, otras para el consumo humano, y eso determinó que se secaran los bofedales.

Como en Toconce, en Cupo, habían varias galerías de esas que se secaron y por tal motivo la gente tuvo que emigrar, sobre todo la juventud. En esos pueblos queda hoy pura gente mayor de edad, aunque ahora está regresando un poco la juventud, felizmente.

El pueblo de Cupo, según los cálculos que tenemos, tenía 350 habitantes y ahora deben quedar unos 15, y está ya propenso a desaparecer. Ellos vivían de la ganadería y la agricultura, pero si no tienen agua van a

---

1 Comunidad atacameña de Chiuchiu

desaparecer. Nuestra vida es el agua y la tierra, no es parte de nuestra vida, es nuestra vida, y faltándonos eso nosotros vamos a desaparecer.

Con respecto al río Loa - nuestra *herradura de plata*, ese es el nombre que hemos dado porque nace en el Volcán Miño y desemboca entre Iquique y Tocopilla, donde llega un *hilito* de agua - en el gobierno del presidente Eduardo Frei padre se construyó un tranque, que está a la altura de Toconce. La justificación era, yo lo leí en ese tiempo, para reserva de agua de los agricultores de la cuenca del Loa, para en tiempos de sequía soltar agua del tranque. Pero no fue así. El río Loa, cuando empezaron a dar los derechos de agua, fue saqueado. Digo así porque así fue.

Del tranque para arriba tienen derecho todas las mineras y los particulares, y ESSAN, que es una empresa del gobierno. Para arriba está una comunidad chiquita, Taira, que nació hace poco y tiene un poco de agua. Y de ahí para abajo están repartidas las aguas de acuerdo con la regularización que hicieron en el año 1982 y que fue un engaño, fue un robo, porque nos engañaron.

Posteriormente, como eran dueños de los derechos de aguas, se produce una venta indiscriminada, porque cualquiera podía vender aguas, '*yo soy dueños de las aguas y las vendo a quien quiera*'. Entonces como la gente necesitaba plata, se las vendieron a las mineras, que en ese tiempo pagaban bien y ahora pagan mejor por vender agua. ¿Por qué se le vende a las mineras? Porque el agua es como cualquier negocio, se vende a cualquiera, cualquiera compra agua, el que tiene plata compra agua, y nadie lo prohíbe. Por lo tanto yo creo que el Código de Aguas debe modificarse. Para el norte debe ser distinto. Ayer dijeron que el río Loa no tiene Junta de Vigilancia, y no tiene porque no nos conviene, porque los accionistas mayoritarios del río Loa son los grandes, son las empresas, ellos son los accionistas mayoritarios. Por lo tanto, el directorio va a estar compuesto por ellos y entonces pueden imponernos un montón de cosas que ahora no estamos haciendo.

El agua potable está prohibida, hay un acuerdo internacional de Río de Janeiro de 1992, que no se consuma una gota de agua en la producción. Y yo estoy seguro que hay mineras que usan agua potable en la producción.

En cuanto a las aguas subterráneas, y con esto termino, nosotros tenemos la mayor napa del norte frente a Chiuchiu, la mayor cantidad de agua subterránea que hay. Por lo tanto, ese sector está lleno de hoyos porque han autorizado pozos, felizmente solo para explorar pero no han autorizado la explotación. Eso nos conforma por mientras, pero después no se lo que irá a pasar.

En nuestro sector existe uno de los minerales a tajo abierto más grande del mundo, Chuquicamata, que aporta el 46%, más o menos, del porcentaje del presupuesto de la nación. Nuestras comunidades actualmente tienen pozos negros, toman agua con arsénico, no hay una atención de salud en los pueblos, y podría seguir enumerando. Ahí estamos insertos nosotros. O sea, paradójicamente, estamos sentados sobre la riqueza.

Chuquicamata tiene un tranque que nos está produciendo mucho daño ambiental, y con un abogado vamos a presentar una demanda. Ello porque aparte del daño medioambiental, nos han tapado sitios arqueológicos.

Por último, quiero señalar que el problema del agua es un problema común, y estoy muy de acuerdo con lo que se ha planteado de atacarlo en conjunto. Porque si no lo atacamos en conjunto vamos a seguir con reuniones, más reuniones y más reuniones y no vamos a llegar a ninguna parte. Si lo digo es porque yo tengo un largo recorrido en esto, y uno empieza a cansarse.

Finalmente, permítanme felicitar a todos los jóvenes que están compartiendo acá este Seminario, y los insto a que sigamos luchando. Me alegra mucho la participación de ustedes, jóvenes, y que sigan en esto. Porque como les digo, nuestra vida es el agua y la tierra.

Muchas gracias



## EL CASO PASCUA LAMA: LOS HUASCOALTINOS Y EL DERECHO HUMANO AL AGUA<sup>1</sup>

RAIMUNDO PÉREZ LARRAÍN<sup>2</sup>

### RESUMEN

La significativa apropiación de los principales cursos de agua del valle del Huasco por parte de la empresa que ejecutará el proyecto minero Pascua Lama, asociados a los impactos ya desatados y a los que en el futuro se puedan producir como consecuencia de la casi inevitable contaminación que generan las actividades extractivas de esta naturaleza, incidirán, inexorablemente, sobre la vida y desarrollo de quienes habitan, ya desde tiempos remotos, el valle del Huasco. Esta incidencia sobre las comunidades indígenas del valle no solo se trata de una afectación abstracta que de manera indeterminada recaiga sobre ellos y sus particulares modos de vida, sino que también importa una afectación concreta de derechos, entre los cuales se destaca el derecho humano al agua, que no es, para nada, un derecho que cuente con un reconocimiento genérico o indefinido, sino que, muy por el contrario,

---

1 El siguiente documento ha sido especialmente elaborado para el “Seminario Internacional sobre Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas”, organizado por el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, a realizarse en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile, entre los días 28 y 29 de noviembre de 2006. Este documento se basa en el Informe en Derecho “*El proyecto minero Pascua Lama y sus implicancias sobre el derecho humano al agua*”, presentado por la Clínica de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, el 31 de mayo de 2006. El referido Informe está disponible en el sitio web [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl)

2 Clínica de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.

se lo vislumbra –en diversos instrumentos internacionales– como un derecho autónomo e integral.

El objetivo de este documento es poner en evidencia cómo la resolución de la autoridad ambiental, que aprobó el proyecto minero, vulneró el derecho humano al agua de los huascoalinos (descendientes de las comunidades diaguitas), consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, muy especialmente, en la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2002, todos, por lo demás, instrumentos de rango constitucional según lo dispone el artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución Política, que le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. De aquella constatación emanará una consecuencia de gran importancia: la hipótesis de responsabilidad internacional en la que caería el Estado de Chile, a la luz de la denominada “obligación tripartita”.

## **1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS**

Las sociedades modernas no siempre son conscientes de la importancia del agua ni de lo que significa su escasez, ni menos de la adecuada implementación del derecho al agua recogido implícitamente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto, en la práctica, se ha traducido en la inexistencia o precariedad de las políticas efectivas de los Estados tendientes a resguardar y regular tan elemental recurso y en una errónea percepción de lo que este derecho significa y engloba. Casos en los que se observan fenómenos como estos abundan y, lo que es más preocupante, los efectos que traen aparejados con su implementación suelen ser devastadores. Precisamente aquello es lo que se espera que ocurra con el proyecto minero Pascua Lama que será desarrollado en el valle del Huasco y que, como toda actividad minera, tiene contemplado hacer uso de grandes cantidades de agua con el fin de llevar a cabo sus faenas extractivas.

Esta importante apropiación de los principales cursos de agua del valle por parte de la empresa minera, asociados a los impactos ya desatados y a los que en el futuro se puedan producir como consecuencia de la casi inevitable contaminación que generan las actividades extractivas

a esta escala, incidirán también en la vida y desarrollo de quienes habitan, ya desde tiempos precolombinos, el valle del Huasco. Esta incidencia sobre las comunidades indígenas del valle no solo se trata de una afectación abstracta que de manera indeterminada recaiga sobre ellos y sus particulares modos de vida. También importa una afectación concreta de derechos, entre los cuales se destaca el derecho humano al agua, que está lejos de ser, como se verá, un derecho que cuente con un reconocimiento genérico o indefinido, sino que, muy por el contrario, se lo vislumbra –en diversos instrumentos internacionales– como un derecho autónomo e integral.

Es por lo anterior que el objetivo de este documento es poner en evidencia cómo las devastadoras implicancias que conlleva la realización del proyecto, repercutirán sobre los recursos naturales –específicamente sobre el agua– que utilizan las comunidades indígenas que subsisten en el sector desde tiempos remotos, vulnerando de esa manera el derecho humano al agua, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en una serie de pactos internacionales y, muy especialmente, en la Observación General N° 15, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2002. Todos, por lo demás, instrumentos de rango constitucional según lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución, que le otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

Con esa finalidad se demostrará cómo la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), emitida por la COREMA de la III Región el 15 de febrero de 2006 –en la que se calificó ambientalmente viable el proyecto minero Pascua Lama–, vulnera el derecho humano al agua de las comunidades indígenas que habitan el valle. Para ello nos apoyaremos en el nutrido contenido normativo que posee este derecho y que destaca la referida O.G. N° 15. De aquella demostración emanará una consecuencia de gran importancia: la hipótesis de responsabilidad internacional en la que caería –a nuestro entender– el Estado de Chile, a la luz de lo que se ha denominado la “obligación tripartita”. Esto, porque la transgresión del derecho al agua implica una infracción al artículo 11 del PIDESC y al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos instrumentos ratificados por Chile y que se encuentran actualmente en vigencia.

## 2. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

El ya definitivamente aprobado proyecto Pascua Lama<sup>3</sup> –de 20 años de vida útil– se ubica en la provincia del Huasco, III Región, a 4.400 metros sobre el nivel del mar, en la cabecera de los ríos del Estrecho y el Toro, en la zona fronteriza con Argentina, a unos 150 kilómetros al sureste de la ciudad de Vallenar. Se asienta, específicamente, al interior del territorio comunitario de la Estancia de los Huascoaltinos, en la Estancia Chañarillo o Chollay, adquirida por la empresa Nevada Ltda. para el emplazamiento de este proyecto minero. En territorio argentino se ubica a 300 kilómetros al noroeste de la ciudad de San Juan, provincia de San Juan. Las localidades más próximas, en territorio chileno, son Chollay por el río del Tránsito y El Corral por el río San Félix, ubicadas a 35 y 55 km de distancia, respectivamente.

La ejecución del proyecto está en manos de la Compañía Minera Nevada Ltda., filial indirecta de Barrick Gold Corporation –cuya casa matriz se encuentra en Toronto, Canadá–, la cual pretende explotar yacimientos de oro, plata y cobre, y su beneficio para producir metal doré (oro-plata). Las reservas mineras a explotar ascienden a 328 millones de toneladas, de las cuales 17,4 millones corresponden a onzas de oro, 656 millones a onzas de plata y 250.000 toneladas a cobre. Por su parte, la inversión se estima entre 1.400 y 1.500 millones de dólares y el requerimiento total de mano de obra, incluyendo ambos países, alcanzará un máximo estimado de 6.000 personas en la etapa de construcción y de 1.660 personas en la etapa de operación.

El proyecto Pascua Lama fue sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establecido en la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, en agosto del año 2000. Ese Estudio fue calificado de manera favorable mediante la Resolución Exenta N° 039 de la COREMA de la III Región, con fecha 25 de abril de 2001 y modificada por la Resolución Exenta N° 059 el 3 de julio de 2001. Sin embargo, a contar del año 2001 la empresa continuó estudiando la geología y mineralización del área e identificó mayores reservas, lo que determinó

---

3 Mediante Resolución Exenta N° 024 del 15 de febrero de 2006 la COREMA de la III Región calificó ambientalmente viable el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”. El mencionado proyecto se encuentra disponible en el sitio web [www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id\\_expediente=1048260](http://www.e-seia.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=1048260)

un replanteamiento del plan minero. A raíz de ello, se incorporaron modificaciones al diseño del proyecto orientadas, básicamente, a la explotación de un nuevo yacimiento denominado Penélope, ubicado a unos 2,5 km al sureste del yacimiento principal. Este conjunto de modificaciones que surgieron en el lado chileno fueron sometidas a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, el 6 de diciembre de 2004, mediante la presentación del proyecto denominado “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, el que fue exitosamente aprobado por la autoridad ambiental chilena a través de la Resolución de Calificación Ambiental, emitida por la COREMA, el 15 de febrero de 2006, validándose así, casi la totalidad de los planteamientos propuestos inicialmente por la compañía minera<sup>4</sup>. Esta última resolución generó gran expectativa entre los grupos ambientalistas nacionales y la opinión pública en general, ya que luego de vigorosas, efectivas e inusuales movilizaciones ciudadanas que denunciaban la aberración ecológica que representaba la realización de este proyecto, se consiguió que un caso que habitualmente pasaba desapercibido ante los ojos de la ciudadanía adquiriera gran relevancia pública. Sin embargo, en una determinación ambigua, la COREMA decidió aprobar igualmente el proyecto, lo que constituyó, desde nuestro punto de vista, una determinación poco afortunada por cuanto la autoridad no se hizo cargo del asunto que verdaderamente está detrás este caso: la necesaria sujeción del progreso y el desarrollo a la idea o concepto de sustentabilidad.

---

4 En la actualidad se encuentran en tramitación un gran número de recursos ante distintas instancias. Entre ellos se destaca un juicio pendiente del año 2001 en el juzgado de Vallenar por usurpación de tierras, a través del cual la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos solicita la nulidad de la compraventa en virtud de la cual la Compañía Minera Nevada Ltda. adquirió el dominio, argumentando que se trata de terrenos de derechos pro-indiviso que debieron haberse sometido al régimen legal establecido por el D.F.L. N° 5 para su enajenación, el cual exige la aprobación de la asamblea para la venta de derechos sobre el campo común. También se destaca una solicitud a la Dirección General de Aguas (DGA), del 23 de septiembre de 2005, presentada por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, en representación de la comunidad huascoaltina, mediante la cual se busca que la DGA dé inicio a un procedimiento administrativo con el objeto de fiscalizar lo obrado por la Junta de Vigilancia, para así decretar la nulidad del Protocolo de Acuerdo celebrado entre esta y la Compañía Minera Nevada Ltda., puesto que Junta no se encuentra facultada para disponer de los derechos de propiedad de otros usuarios. Con fecha 13 de abril de 2006 el Director General de Aguas emitió el Oficio Ordinario N° 327 por el cual responde la solicitud, indicando que no puede invalidar el Protocolo por tratarse de documento privado, suscrito entre particulares, y por lo tanto, no puede iniciar procedimiento administrativo con dicho objeto. Sin embargo, sostiene que el Protocolo debió aprobarse por la Asamblea General de la Junta de Vigilancia, cuestión que no se acredita ante la DGA.

### 3. CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

A nivel internacional existen importantes tratados que consagran el derecho al agua y que progresivamente han ido ampliando su espectro de protección. Así, a partir de la década de 1970, sucesiva y gradualmente, se han ido acordando por la comunidad internacional una serie de documentos que dan cuenta del esfuerzo no solo por dar una mayor protección, sino que también por ampliar los elementos que conforman el derecho al agua<sup>5</sup>. También merece ser destacado, a este respecto, lo indicado por el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 26<sup>6</sup>, en cuanto se trata de una norma vinculante para los Estados, que los compromete a adoptar las medidas necesarias, dentro de lo que sus respectivos recursos se lo permitan, para lograr una efectiva y progresiva protección de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Esto, necesariamente implica que el Estado de Chile, como miembro de dicha Organización, se encuentra obligado a tomar las providencias antes mencionadas para no incurrir en responsabilidad internacional. Finalmente, podemos decir que dicho esfuerzo de la comunidad internacional ha quedado plasmado, fundamentalmente, en el PIDESC y en la O.G. N° 15 del Comité DESC, ambos instrumentos que pasamos a examinar a continuación.

---

5 Entre estos documentos es posible destacar, entre otros, la Declaración de Dublín; la Agenda 21 (creada a propósito de la Declaración de Río sobre Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente de 1992); la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, realizada en Viena el año 1993; los cuatro Foros Mundiales sobre el Agua; la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce (Dublín/Bonn, 2001); y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, realizada en Johannesburgo en 2002.

6 Establece el artículo 26 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica que "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Dicho Pacto fue ratificado por el Estado de Chile el 14 de agosto de 1990.

## El derecho humano al agua como derecho económico, social y cultural

Desde hace bastante tiempo Naciones Unidas ha venido consagrando el derecho al agua como un derecho fundamental. Esta tendencia ha alcanzado su mayor grado de materialización a través del PIDESC de 1966, que entró en vigor el año 1975 –y que fue ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972–, aunque, de manera más específica, a través de un análisis detallado del derecho al agua contenido en la O.G. N° 15<sup>7</sup> del Comité DESC –creado por el Pacto–, en donde se consagra al derecho al agua como un derecho humano, afirmando que “*el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos*”<sup>8</sup>. En ese sentido, la O.G. N° 15 es el más importante instrumento en lo que a derecho al agua respecta. Es, a fin de cuentas, una de las respuestas más concretas a una cada vez mayor inquietud por la preservación del agua.

Ahora bien, aun cuando el derecho al agua como tal no se encuentra expresamente consagrado en el PIDESC, sí es posible deducirlo del párrafo 1 del artículo 11<sup>9</sup> –según así lo propone el Comité en el párrafo 3 de su O.G. N° 15–, en el cual se enumeran una serie de derechos que emanan, a su vez, del derecho a un nivel de vida adecuado, “*incluso la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados*”, y que son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso”, indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva.

---

7 Las Observaciones Generales son interpretaciones oficiales de un derecho específico enumerado en un instrumento internacional como un Convenio, una Convención o un Tratado. Las O.G. son elaboradas por comités de supervisión de las Naciones Unidas, compuestos por expertos independientes que tienen por finalidad supervisar la puesta en práctica de los Convenios, Convenciones o Tratados. De este modo, las Observaciones o Comentarios Generales son las interpretaciones autorizadas de estos instrumentos internacionales.

8 Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29° período de sesiones, 2002, párrafo 1.

9 El párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia<sup>10</sup>. De este modo, la O.G. N° 15, en su segundo párrafo, reconoce como el fundamento jurídico del derecho humano al agua “*el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y domestica*”<sup>11</sup>.

En cuanto al contenido normativo la Observación establece que “*el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua*”<sup>12</sup>. En el párrafo siguiente advierte que “*los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras*”<sup>13</sup>.

Al momento de señalar un contenido mínimo o esencial<sup>14</sup>, que permita darle una forma concreta que otorgue los aspectos elementales del

---

10 Yáñez, Nancy, *Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno*. CEPAL, Santiago de Chile, agosto de 2005, p 7.

11 Observación General N° 15, párrafo 2.

12 *Ibid.*, párrafo 10.

13 *Ibid.*, párrafo 11.

14 Respecto del significado de la obligación mínima o esencial el Comité ha dicho, en



derecho al agua, el Comité reconoce que los factores que se deben aplicar en toda circunstancia para un adecuado ejercicio del derecho al agua son los siguientes:

- a) **Disponibilidad:** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. A este respecto, es el mismo Comité el que precisa que el concepto de *continuidad* quiere decir que “*la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos*”<sup>15</sup>. En cuanto a estos usos personales y domésticos se entiende que comprenderán normalmente el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Precizando aún más el significado de estos usos el Comité ha establecido que “*el consumo se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos; el saneamiento se refiere a la evacuación de las excretas humanas. El agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de adecuación por el agua; la preparación de alimentos incluye la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con estos; la higiene personal y doméstica se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar*”<sup>16, 17</sup>.

---

su O.G. N° 3, párrafo 10, que “*sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité (...), el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas*”.

15 Cita a pie de página Observación General N° 15, p. 133.

16 *Idem*.

17 En relación a la cantidad de agua disponible para cada persona, el Comité indica que esta debería corresponder con las directrices fijadas por la Organización Mundial de la Salud. En términos prácticos, y desde el punto de vista de los volúmenes diarios de agua que se requieren

- b) **Calidad:** En relación con este factor el Comité ha manifestado que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Para darle alcance a esta finalidad el Comité recomienda a los Estados seguir las *Guías para la calidad del agua potable* elaboradas por la OMS y cuyo objetivo es “servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud”<sup>18</sup>. También indica esta Observación que el agua deberá tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Esto último se relaciona con el concepto de *aceptabilidad* el cual establece que aun en los casos en que el agua sea adecuada para el consumo humano y la higiene personal, puede suceder que las personas no quieran o sean reacias a utilizarla, porque no les parece aceptable el olor, el sabor o la apariencia del agua o de la fuente<sup>19</sup>.
- c) **Accesibilidad:** La O.G. N° 15 establece que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. El Comité enseguida precisa que la accesibilidad presenta cuatro dimensiones:
- i. **Accesibilidad física:** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Se debe poder acceder a un suministro de agua

---

por persona, esto se traducirá en que *no habrá acceso* cuando se esté por debajo de los 5 litros diarios per cápita. El *acceso será básico* cuando el promedio diario no sobrepase los 20 litros por persona. Se tendrá un *acceso intermedio* cuando el promedio diario aproximado sea de 50 litros per cápita. Y, finalmente, existirá un *acceso óptimo* cuando el promedio sea de 100 a 200 litros per cápita diarios. Fuente: Howard, G., Bartram, J. *Domestic water quantity, service level and health*. Geneva, World Health Organization, 2003. Gráfico contenido en WHO, *The Right to Water*, 2003, p. 13. Disponible en el sitio web [www.who.int/water\\_sanitation\\_health/rightowater/en/](http://www.who.int/water_sanitation_health/rightowater/en/)

18 Cita de pie de página Observación General N° 15 p. 133.

19 Gorsboth, Maïke, *¿Cómo identificar y tratar las violaciones del derecho humano al agua?*, FIAN, 2005., p. 7. Disponible en [www.fian.org/fian-es/index.php?option=com\\_doclight&task=details&Itemid=97&dl\\_docID=49](http://www.fian.org/fian-es/index.php?option=com_doclight&task=details&Itemid=97&dl_docID=49).

suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas<sup>20</sup>. Igualmente, la O.G. indica que todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.

**ii. Accesibilidad económica:** La accesibilidad económica o asequibilidad tiene por finalidad central que el agua y los servicios e instalaciones de agua estén al alcance de todos<sup>21</sup>.

**iii. No discriminación:** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna. “*La discriminación, especialmente de los grupos vulnerables o marginados, como indígenas, mujeres, niños, ancianos, enfermos, etc., es una de las principales preocupaciones de (los) derechos humanos*”<sup>22</sup>.

**iv. Acceso a la información:** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Este aspecto tiene directa relación con la noción de *participación*, puesto que los ciudadanos “*tienen que poder opinar cuando se tomen decisiones que atañan a su acceso al agua. (...)*”<sup>23</sup>.

---

20 En relación a esto la OMS ha determinado que *no hay acceso físico* al agua, en lo que se refiere al factor tiempo/distancia, cuando se deba recorrer una distancia superior a 1 km para conseguir agua o cuando el trayecto para la consecución de la misma tome más de 30 minutos ida y vuelta. A su vez, el *acceso será básico* cuando la distancia a recorrer sea inferior a 1 km o cuando tome menos de 30 minutos ida y vuelta el obtener el recurso hídrico. El *acceso será intermedio* cuando el agua sea proveída por al menos una llave. Finalmente, el *acceso será óptimo* cuando el suministro de agua sea múltiple y dentro de la casa. Fuente: Howard, G., Bartram, J., en *op. cit.*, p. 13.

21 Desde esta perspectiva, el acceso al agua salubre se verá restringido cuando las personas no puedan pagar los costes derivados de la obtención de agua de una fuente segura. Por consiguiente, el agua no será asequible cuando las personas no tengan dinero para pagarla, pero también cuando solo puedan comprarla renunciando a otros bienes y servicios de primera necesidad, como el alimento y la vivienda. En consecuencia, para demostrar que el agua no es asequible, no debe fijarse uno solamente en los precios, sino también en la parte que los pobres tienen que gastar de sus recursos disponibles para la obtención de agua.

22 Gorsboth, Maïke, *op. cit.*, p. 8.

23 *Ibidem.*

#### 4. LOS RECURSOS NATURALES DESDE LA PERSPECTIVA INDÍGENA

El acaparamiento y la eventual contaminación de los recursos hídricos del valle alcanza una importancia gravitante por cuanto no solo afectará a las comunidades aledañas al proyecto, sino que también pondrá en jaque la supervivencia de los pueblos indígenas que habitan en el sector, el desarrollo del auspicioso sector exportador de la provincia, dentro del cual se destacan, fundamentalmente, los productos agrícolas<sup>24</sup>, y el potencial turístico de la zona. En fin, de producirse alguna indisponibilidad hídrica en esta particularmente vulnerable provincia, las secuelas ambientales, étnicas, socioculturales y económicas serán significativas, por no decir devastadoras.

Así las cosas, el proyecto minero Pascua Lama impactará directamente formas de vida y costumbres de la comunidad agrícola de los huascoalinos<sup>25</sup>, la cual está integrada por personas que, de acuerdo a los antecedentes históricos disponibles y sus propios rasgos distintivos, descienden de las comunidades diaguitas que desde tiempos precolombinos han habitado este territorio. Su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas que se caracterizan por ser

---

24 Dentro de la oferta exportable se encuentran los siguientes productos agrícolas: aceite de jojoba, aceite de oliva, alcachofas, aceitunas, ajo, flores, limones, nueces, nectarines, morrón, orégano, paltas, pasas, pepinos dulces, pisco, pimientos secos, queso de cabra, tomates, uva de mesa, uva pisquera, entre otros. Fuente: ProChile. Para mayor información visitar sitio web <http://www.prochile.cl/atacama/>

25 De acuerdo con el artículo 1 del D.F.L Nº 5 de 1968 sobre Comunidades Agrícolas, se entenderá por estas “la agrupación de propietarios de un terreno rural común que lo ocupen, exploten o cultiven y que se organicen en conformidad con este texto legal. Estas Comunidades gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción del predio en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. En consecuencia, serán capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”. Sin embargo, la noción de “Comunidad Agrícola-Indígena” es bastante más amplia, puesto que se refiere “al conjunto de familias y agricultores de origen indígena asentados en territorios determinados, que se identifican a un pueblo o una nacionalidad, que basan su modo de vida en una práctica socialmente colectiva y comunitaria de reciprocidad, redistribución, con un sistema de organización política, administrativa, económica, espiritual y cultural colectiva y comunitaria”. A este respecto ver GENTES, Ingo, *Derecho de Agua y Derecho Indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*, CEPAL, Santiago de Chile, 2001., cita a pie de página nº 6, p. 6. Disponible en el sitio web <http://www.eclac.cl/dрни/proyectos/walir/doc/walir10.pdf>.

silvopastoriles, dedicada al pastoreo de ganado caprino y mular y a la agricultura<sup>26</sup>.

Como resulta evidente, en la actividad silvopastoril de los huascoaltinos se hacen uso de todos los recursos ecológicos –y ambientales existentes en sus territorios– dentro de los cuales se encuentra, por cierto, el agua, para de este modo constituir un espacio cultural, social y económico que se localiza en la precordillera y cordillera de los Andes. Estas particularidades socioculturales han sido, asimismo, reconocidas por la legislación chilena mediante la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y por el D.F.L. N° 5 de 1968 –relativo a las Comunidades Agrícolas– y sus posteriores modificaciones<sup>27</sup>, a través del cual el Estado de Chile reconoce tanto la propiedad ancestral comunitaria de los huascoaltinos sobre sus territorios como las reglas consuetudinarias que regulan la propiedad y sus particulares sistemas de uso. Entender, por lo demás, de otra manera el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales y, específicamente sobre el agua, es negar o desconocer el derecho de propiedad que estas comunidades tienen sobre este derecho, el cual, a su vez, se encuentra asegurado –en sus diversas especies– por nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24.

En consonancia con lo anterior, los principios establecidos en la Ley Indígena imponen, en su artículo 1, al SEIA y a las instituciones administrativas y judiciales a cargo de su implementación, obligaciones específicas vinculadas a la ejecución de proyectos en territorios indígenas, tales como: conservar las manifestaciones étnicas y culturales propias de las etnias indígenas; proteger las tierras indígenas como fundamento de la existencia y cultura indígenas; valorar la existencia de las etnias indígenas por ser parte esencial de las raíces de la nación chilena, su integridad y desarrollo de acuerdo a sus costumbres y valores; respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines; proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

26 Ver Yáñez, Nancy, *op. cit.*, p. 46.

27 Ley 19.233 sobre Bienes Nacionales del 5.8 de 1993.

Se debe consignar, asimismo, que los recursos naturales poseen un inestimable valor para los pueblos originarios puesto que, a partir de ellos, los indígenas configuran sus complejos y particulares modos de vida. Fundan gran parte de su existencia, principalmente, en la idea de territorialidad, entendiéndola a esta de una manera omnicomprendiva y armónica, en donde todos los recursos naturales que componen su hábitat forman parte de una mixtura totalmente equilibrada y, a su vez, altamente sensible y vulnerable. Intentar comprender las particulares visiones que tienen, en general, los indígenas respecto del agua, es enfocar la relación existente entre aquellos y los recursos naturales de manera limitada y simplista. Esto, porque el agua forma parte de una infinidad de recursos proveídos por la naturaleza (subsuelos, riberas, tierras, etc.) de incuestionable importancia y que, necesariamente, deben ser examinados como un todo, especialmente si consideramos que es esta la perspectiva con que los pueblos originarios establecen su relación con el entorno.

No obstante lo anterior, la mayoría de las legislaciones nacionales, a través de sus políticas públicas, suelen negar o ignorar la existencia o la importancia de los marcos normativos consuetudinarios referentes a los derechos y usos tradicionales indígenas y a la gestión de los recursos naturales. Así, y con respecto a los recursos hídricos, *“parece evidente que, al no existir mínimamente sistemas claros de reconocimiento de usos y derechos indígenas, la eventual referencia a sistemas de gestión integral del agua se encuentra muy debilitado”*<sup>28</sup>. Por lo mismo, la falta de protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales es una realidad habitual en nuestro continente, al punto de haberse dicho que *“parece que hubiera un factor en común en la demanda de la territorialidad de los pueblos indígenas andinos: la propiedad de la tierra no otorga en la interpretación positivista de la ley, derechos sobre el subsuelo del predio, ni sobre las aguas (subterráneas), ni las riberas, ni las especies que en ella residen (...). Las consecuencias de esta situación de desprotección de derechos de facto son graves no solamente en términos culturales, sino también en términos ambientales y económicos”*<sup>29</sup>.

---

28 GENTES, Ingo, *op. cit.*, p. 3.

29 Ver Sierra, María Teresa, *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas*, en: Memoria, No. 147, mayo, 2001, México; Toledo Llancaqueo, Víctor, *Todas las aguas, el subsuelo, las riberas, las tierras.- Notas acerca de la (des)*

Sin embargo, y aun cuando la defensa y amparo de los derechos sobre la tierra y sus recursos ha formado parte de las exigencias básicas de los movimientos indigenistas continentales, “en América Latina las demandas por un estatus de propiedad específico para las tierras indígenas, que las resguarde de cualquier tipo de despojo, han sido traducidas legalmente en normativas sobre la propiedad del suelo o del agua, respectivamente, y no en una normativa conjunta que entienda ambos recursos como recursos unidos. Por una parte, aún existe, en varios casos, una contraposición elemental entre el concepto indígena de tierra, que engloba todos los recursos –suelo, agua, riberas, subsuelo, bosques y praderas–, y el concepto jurídico que desvincula estos elementos en distintos regímenes de propiedad y concesión a particulares. Esto, por otra parte, es una característica del derecho general de la región, y no una discriminación específica”<sup>30</sup>. Resulta evidente entonces, que la idea o noción de territorialidad, principio transversal de la supervivencia y del discurso político indígena, no es ni debe ser un concepto a realizar o ejecutar en lo abstracto, puesto que si se circunscribe solo a aspectos puramente simbólicos, será un derecho sin contenido, retóricamente vacío.

En lo que respecta al reconocimiento legal de los usos y costumbres indígenas y las políticas de los recursos, “*las Constituciones Políticas de los países andinos forman parte de una lógica inclusoria, es decir, consideran que los recursos naturales son del Estado y como el Estado representa a toda la sociedad, los recursos naturales son para el beneficio de todos. Pero resulta que este beneficio no llega a todos de la misma manera*”<sup>31</sup>. Producto de este punto de vista, la lógica de un mercado del agua, que de manera generalizada y uniforme regule su uso y distribución (tal como ocurre en Chile por ejemplo), va en absoluto contrasentido con la perspectiva de la mayoría de las comunidades indígenas, vulnerando, de paso, el derecho a la igualdad ante a la ley consagrado por el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución, que establece que en Chile no habrán ni personas ni grupos privilegiados,

---

*protección de los derechos indígenas sobre sus recursos naturales y contribución a una política de defensa*. 2001. Temuco, y; GELLES, Paul, *Competing cultural logics: state and ‘indigenous’ models in conflict*. 1998 en: Boelens, R. / Dávila, G. (Ed.): *Searching for equity (dto)*, p. 256-267. Todos en GENTES, Ingo, *op. cit.*, p. 5.

30 GENTES, Ingo, *op. cit.*, p. 6.

31 *Ibidem.*, p. 7.

y que agrega que ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias.

Lo dicho hasta acá es plenamente concordante con lo que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>32</sup> ha establecido, en su artículo 15.1, respecto de los recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, ya que, según preceptúa el mencionado artículo, *“los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”*. El Convenio hace también referencia, en su artículo 14, a la necesidad de reconocer sus derechos de “propiedad y de posesión” sobre las tierras que ocupan “tradicionalmente”, a la responsabilidad de los gobiernos en adoptar las medidas necesarias para “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” y estipula que deberán *“instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”*<sup>33</sup>.

En consecuencia, dado que el manejo de los recursos naturales queda sujeto a las políticas públicas estatales, donde las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son priorizadas frente a los sistemas de gestión comunal o de la propiedad común de los recursos, es necesario reafirmar legalmente los derechos provenientes de los usos y costumbres indígenas, en lo que a los recursos naturales dice relación<sup>34</sup>. De esta forma, resulta imperioso que la autoridad –ambiental en este caso– incorpore en sus análisis este enfoque integral con el que los indígenas se vinculan con su entorno natural, al punto de concebir su existencia misma de manera armónica y equilibrada con todos los

---

32 El Convenio 169 de la OIT es uno de los más importantes documentos en cuanto a derechos indígenas se refiere. Fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra. En este Convenio se hace especial relevancia de los derechos de los pueblos indígenas, y a la especial relación que ellos mantienen con la tierra y/o el territorio y el consiguiente respeto que los Estados deben guardar a ellos y a sus recursos naturales. No está de más decir que hasta la fecha dicho Convenio no se encuentra ratificado por el Estado de Chile.

33 Yáñez, Nancy, *op. cit.*, p. 15.

34 GENTES, Ingo, *op. cit.*, p. 10.



elementos de la naturaleza y no, por el contrario, de manera inconexa, parcelada o asistémica.

**a) Implicancias del acaparamiento y la contaminación de las aguas sobre los huascoalinos contenidas en la RCA**

De acuerdo con lo revisado hasta acá, resulta necesario indagar en cómo la autoridad se hace cargo de este asunto. Con ese objetivo se examinará la RCA del 15 de febrero de 2006, dictada por la COREMA de la Región de Atacama. Lo primero que salta a la vista es que la COREMA, en la mencionada resolución, no solo se refiere incompletamente al tema, sino que además lo hace, a nuestro parecer, en forma deficiente, ya que o no considera aspectos relevantes de la discusión o, si lo hace, centra la atención en puntos que si bien son importantes, no son los más gravitantes ni mucho menos los únicos. Esto se aprecia luego del análisis de la RCA el cual señala que *“respecto de los efectos, características y circunstancias señalados en la letra d) del artículo 11 de la Ley 19.300 (relativo a la proximidad de población, recursos y áreas protegidas, con riesgo de resultar afectados), debe indicarse que el proyecto no se localizará próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectadas, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar no será afectado”*<sup>35</sup>. Sin embargo, en seguida agrega que *“de acuerdo a lo señalado por la CONADI, existe una población protegida por la Ley Indígena que se encuentra susceptible de ser impactada. Este organismo ha indicado que no se señala la forma en que se protegerán y respetarán los derechos de las comunidades indígenas; ello en razón que el estudio solo hace una referencia genérica a las comunidades, sin considerar las particularidades de este grupo especialmente protegido, en lo que dice relación con las manifestaciones de la cultura”*<sup>36</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la afectación de los recursos naturales, la RCA establece que *“el proyecto se localiza en las nacientes de los ríos del Estrecho y el Toro, tributarios de los ríos del Tránsito y el Carmen. El río el Tránsito alimenta a los territorios de cultivo de los comuneros diaguitas, los huascolatinos, quienes en la parte baja del valle tienen*

35 Resolución de Calificación Ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente, de 15 de febrero de 2006, p. 151.

36 *Ibidem*.

*sus viviendas y desarrollan la agricultura, lo que constituye su principal actividad productiva. Respecto de esta comunidad y que se dedica a la crianza de ganado caprino, desde el valle hacia las veranadas que se localizan en la cordillera, en áreas cercanas al proyecto, el titular no podrá limitar el acceso a la comunidad a esos sectores, en tanto dicha actividad se trata de una costumbre ancestral*<sup>37</sup>.

No obstante lo anterior, finalmente la autoridad determina de manera ambigua que “*con relación a los efectos señalados por la CONADI, es preciso destacar que en opinión de la COREMA, los eventuales efectos han sido adecuadamente abordados con las medidas planteadas precedentemente y en el numeral anterior (las cuales dicen relación con la creación de un Fondo de Desarrollo Sustentable, de un Plan de Monitoreo Social y con Auditorías Ambientales Independientes), y con las condiciones señaladas en el considerando N° 9.7 (el cual dispone que el Titular deberá informar a la COREMA las condiciones en que se desarrollará la interacción entre la población indígena del sector, su actividad ganadera y el proyecto minero. En caso de producirse impactos ambientales no previstos el Titular deberá hacerse cargo de implementar las medidas que correspondan)*”<sup>38</sup>.

De este extracto es posible apreciar que aun cuando la CONADI da cuenta de la existencia de la comunidad diaguita –señalando que esta es susceptible de ser afectada–, no está indicándose, por parte del titular del proyecto, la forma de proteger los derechos y cultura de los indígenas, ni tampoco destacándose que uno de los ríos posiblemente afectados por el proyecto –río el Tránsito– es el que alimenta sus cultivos. La COREMA se limita a sostener que estos posibles efectos han sido “adecuadamente abordados”, cuando, en realidad, las medidas para contrarrestarlos resultan ser insuficientes. Esto es posible aseverarlo poniendo de manifiesto el hecho de que al evaluar el tema en cuestión, el organismo que debió establecer el estándar en este punto era la CONADI –la que señaló, como ya se ha dicho, que indudablemente la comunidad huascoalina se encuentra expuesta a una eventual afectación dada su proximidad con el proyecto–, puesto que es ella la llamada, entre otras cosas, a promover la adecuada explotación de las tierras indígenas, a velar por su equilibrio ecológico y por el desarrollo

---

37 *Idem.*

38 *Idem.*

económico y social de sus habitantes a través del Fondo de Desarrollo Indígena<sup>39</sup>, por lo que la COREMA debió, necesariamente, sujetarse a las indicaciones señaladas por la CONADI, único organismo idóneo para calificar el estándar adecuado al que el titular debía someterse.

Lo anterior plantea serias interrogantes respecto de si la autoridad ambiental consideró efectivamente todas y cada una de las implicancias de la afectación de los recursos hídricos del valle y de la vida de las comunidades que habitan en él, sobre todo aquellas que dicen relación con las **dimensiones de disponibilidad, calidad y accesibilidad** del derecho al agua, ya que, al parecer, preguntas tales como ¿en qué medida será restringida la cantidad de agua disponible en los distintos períodos del año?; ¿qué distancia tendrán que recorrer cada una de las comunidades del sector en caso de un desabastecimiento total de agua?; ¿se efectuarán mantenimientos regulares del sistema de abastecimiento de agua?; ¿sabrán las comunidades indígenas, y los habitantes del valle en general, cómo tratar el agua para que sea salubre?; ¿tendrán los medios para dicho tratamiento?; ¿se dará asistencia a las comunidades que dependen de fuentes superficiales de agua para ayudarles a mantener la calidad del agua?; ¿aumentará el costo del agua y de los servicios de suministro en la provincia del Huasco?; ¿qué cantidad de los ingresos gastan y gastarán los habitantes del sector en agua?; ¿cómo son y serán los precios en comparación con el salario mínimo?; entre otras; en absoluto fueron planteadas durante las sesiones deliberativas de la COREMA.

En consecuencia, como resultará evidente, desastres ecológicos que afecten los recursos hídricos que alimentan el valle, inevitablemente transgredirán los factores de disponibilidad, calidad y accesibilidad, todos los cuales dan forma al contenido normativo del derecho al agua reconocido en el PIDESC. El primero, al atentar, fundamentalmente, contra la idea de la periodicidad en el suministro del recurso; el segundo, al contaminar con desechos tóxicos los cursos de agua, poniendo en riesgo la salud de todos los habitantes del sector; y, el tercero, al vulnerar, a lo menos, dos de sus dimensiones: la dimensión de no discriminación de los grupos más vulnerables y marginados de la población –como lo son, de manera paradigmática en este caso, las

39 Según así lo dispone el artículo 39 letra f) de la Ley 19.253 Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

comunidades indígenas–, y la dimensión de accesibilidad física a las principales fuentes hídricas, y a las que usualmente concurren estos mismos grupos.

Enseguida, la resolución en análisis señala que *“el Titular del proyecto deberá dar seguimiento a la evolución de las variables ambientales vinculadas a la ejecución del proyecto, junto con un análisis periódico de la efectividad de las medidas de mitigación, reparación, compensación y de prevención de riesgos definidos en el Estudio de Impacto Ambiental, su Adenda, y la presente Resolución. El proyecto considera el siguiente Plan de Seguimiento: (...) i) Plan de Monitoreo Social: (...) Dadas las características de la población indígena de ambas comunas y en especial el nivel organizacional que presenta la comunidad diaguita, esta constituirá parte de la orgánica de seguimiento a través de los representantes de sus organizaciones, las cuales ya cuentan con personalidad jurídica. Concretamente, fruto del proceso de reetnificación que está experimentando este grupo humano, el acento específico del Plan de Monitoreo en este caso, debe estar en resguardar que el Proyecto no interfiera en sus avances, básicamente a causa de la generación de alteraciones en la dimensión antropológica, por medio por ejemplo de flujos migratorios”*<sup>40</sup>.

De aquel extracto es posible rescatar que, a pesar de que existe un buen intento por proteger las características socioculturales de la comunidad de los huascoalinos, este es incompleto ya que existen otras dimensiones que sin duda se encuentran en una situación de riesgo bastante mayor por la realización del proyecto. Concretamente es posible mencionar, a este respecto, la especial relación que tienen los indígenas con los recursos naturales y de la cual no se hace cargo la autoridad en los términos que debería hacerlo. Es por esto que señalamos que la RCA es deficiente en su intento por proteger a estas comunidades, ya que solo se refiere a algunos temas y, además, lo hace en forma insuficiente, puesto que –recalcamos– no es correctamente abordado el tratamiento de los recursos hídricos de los que hacen uso las comunidades, por cuanto se prescinde del enfoque integral que caracteriza y hace única la relación de los indígenas con el entorno natural. En este sentido, hubiera

---

40 Resolución de Calificación Ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región, el 15 de febrero de 2006, pp. 152 y 164.

sido ideal que la autoridad se haya hecho cargo de esta perspectiva y, por sobre todo, que no se hubiera deshecho con tanta facilidad de las aprensiones que le planteó la CONADI.

Otra situación que cabe destacar es la dictación, por parte de la autoridad, del documento ICSARA N° 2, en el que se hicieron una serie de requerimientos al titular del proyecto relativos a la aclaración y ampliación de la información entregada sobre los efectos en la dimensión antropológica, concerniente a los siguientes aspectos: “a) *La estructura social y económica de esta población, en particular la actividad silvopastoril, la agricultura, y la trashumancia (invernadas y veranadas); b) Las manifestaciones étnicas y culturales propias de la comunidad en el que convergen aspectos sociales, económicos, religiosos y jurídicos, y; c) Los mecanismos concretos con los cuales la empresa desarrollará la interacción entre la población indígena del sector, respetando la actividad agrícola y ganadera y la estructura sociocultural, e incorporando medidas de mitigación en caso de que dichas actividades se vieran afectadas*”<sup>41</sup>. Adicionalmente, fue requerida información relativa a los efectos en las actividades económicas en general y que dicen relación con “d) *La potencial afectación de los recursos naturales por parte del proyecto debido a su localización en las nacientes de los ríos del Estrecho y el Toro, tributarios de los ríos del Tránsito y el Carmen. El río el Tránsito alimenta los territorios de cultivo de los comuneros de la Comunidad Diaguita los Huascoalinos, quienes en la parte baja del valle tienen sus viviendas y desarrollan la agricultura, lo que constituye su principal actividad productiva. La actividad agrícola de los huascoalinos es una actividad ancestral que se viene desarrollando desde que en la zona se emplazaban asentamientos de origen diaguita, de quienes descienden directamente los actuales pobladores*”<sup>42</sup>.

Ante el requerimiento la empresa presentó, en la correspondiente ADENDA N° 2, un estudio etnográfico sobre los diaguitas y los huascoalinos preparado por la Consultora Ecológica del Norte. Este estudio concluyó que “*la situación geográfica en que se encuentran las comunidades ubicadas en la parte más alta del valle del Tránsito (...),*

41 Segundo Informe de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones y/o Ampliaciones al Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, p. 39.

42 *Idem.*

*se convierte en un factor que juega a favor de la preservación de su identidad cultural y su estilo tradicional de vida, el que no ha perdido sustancia pese a la entrada del capital en el valle, fundamentalmente a través de la expansión de la agroindustria, y que, de mantenerse la actividad económica ancestral de la criancera en esta área, con una adecuada protección de las zonas de aguadas y pastoreos, estas comunidades pueden llegar coexistir con la modernidad y sus consecuencias, sin riesgo de perder su identidad y patrimonio cultural*<sup>43</sup>. Sin embargo, esta sensata preocupación no fue recogida explícitamente por la autoridad –principal encargada de velar por ello– en su RCA y se limitó, incluso, y tal como se señaló anteriormente, a prescindir abiertamente de las observaciones efectuadas por la CONADI, legitimando con ello, implícitamente, los planteamientos contenidos en el estudio presentado por el titular, antes que los formulados por aquel organismo.

Enseguida agrega el mencionado estudio que *“con respecto a las comunidades que se ubican en la parte más baja del valle del Tránsito, (...), estas se encuentran sufriendo un intenso proceso de desintegración de su forma tradicional de vida, también llamado descampesinización, por la incorporación del capital y las leyes del mercado que rigen a la industria agrícola en expansión, con la consecuente concentración de la propiedad de la tierra por parte de unos pocos empresarios agrícolas, y la pérdida de la tierra por parte de una mayoría de pequeños agricultores, que son utilizados finalmente como mano de obra para trabajar en las mismas agroempresas que los han despojado (en un marco de legalidad) de sus medios de producción. Lo que ha generado un nuevo tipo de estructura social, cuya tendencia apunta a la configuración de dos grandes clases sociales: la burguesía agrícola y el proletariado agrícola. Si bien es cierto, esta situación es funcional para un mundo globalizado, donde el capital y el mercado dictan las directrices que rigen la vida de la gente, proporcionando los recursos monetarios que permiten satisfacer las necesidades creadas por el mismo mercado, no es menos cierto que se ha debido pagar un precio no menor: la pérdida gradual de la identidad cultural*<sup>44</sup>. Aun siendo exacta la constatación de este fenómeno, ese no es argumento suficiente

---

43 ADENDA N° 2, ANEXO N° VII-A. *Etnografía Diaguita – Huascoaltinos*. Consultora Ecológica del Norte, p. 19.

44 *Idem*.

para desarrollar tan invasivas prácticas –sobre todo la minera– en desmedro de las comunidades más vulnerables y merecedoras, por lo mismo, de los mayores grados de protección. Es más, una vez constatados tan graves acontecimientos todos los esfuerzos deben ser destinados a intentar revertir estos sucesos, para que de esa forma los huascoaltinos no tengan que pagar el alto precio del que habla el estudio: la pérdida gradual de su identidad cultural.

Por consiguiente, y luego de estudiar a este respecto la RCA, es posible señalar que esta no hace directa alusión a los puntos expuestos más arriba y se remite a aquellos en forma vaga e indeterminada, por cuanto no los resuelve específicamente en su pronunciamiento. Así, lo que debió haber hecho la autoridad era indicar cuáles iban a ser las medidas concretas relativas a los efectos sobre la dimensión antropológica y las actividades económicas de los huascoaltinos que debían tomarse, y a las que el titular quedaría sujeto, de la misma forma, por lo demás, como se le exigió y detalló en el ICSARA N° 2. En este mismo sentido, hay que precisar que no porque se hayan abordados estos temas en su etapa de tramitación se van a dar estos por zanjados y, por lo tanto, excluidos de la resolución final. Todo lo contrario, es en ella precisamente donde deben ser especialmente incluidos puesto que, a fin de cuentas, esta es la manifestación definitiva de la voluntad de la autoridad y a ella debemos remitirnos.

#### **b) Hipótesis de responsabilidad estatal a la luz de la obligación tripartita**

Luego del análisis anterior, nos corresponde examinar la citada RCA a la luz de la obligación tripartita, para poder así establecer la responsabilidad internacional en la que se encontraría el Estado de Chile, por haber infringido los estándares de respeto, protección y cumplimiento establecidos por el Comité DESC. Eso sí, antes debemos hacer una breve descripción de lo que se entiende por esta clase de obligación.

La obligación tripartita que establece el Comité tiene su primera referencia en el derecho específico a una alimentación adecuada, pero, en la práctica, son muchas las interpretaciones que se le han dado a dicha tipología. La Observación General N° 12 –sobre alimentación

adecuada— señala que todos los derechos humanos imponen los siguientes tres tipos de obligaciones:

**Obligación de Respetar:** Este deber implica que un Estado no puede tomar ninguna medida que resulte limitante o restrictiva para el goce de los DESC, por lo que incluye abstenerse de realizar prácticas discriminatorias como Estado “policía”<sup>45</sup>.

**Obligación de Proteger:** Alude al hecho de que los Estados tienen que tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los individuos bajo su jurisdicción estén protegidos de las infracciones hacia los DESC realizadas por terceros (particulares, grupos o comunidades). Se les obliga a los Estados regular adecuadamente el actuar de ciertas entidades para así prevenir cualquier tipo de limitación que se le pueda causar a los derechos garantizados por el PIDESC. Además, los Estados deben proteger a los individuos ante cualquier tercero que realice acciones nocivas para el efectivo goce de estos derechos, debiendo adoptar mecanismos para proteger a todo grupo de la sociedad que se considere vulnerable y marginal.

**Obligación de Cumplir:** Que se fragmenta, a su vez, en:

- i. **Facilitar:** Requiere que el Estado cree, realice y participe en actividades destinadas a asistir tanto a los individuos como a la sociedad entera en el goce y disfrute pleno de los derechos económicos, sociales y culturales.
- ii. **Garantizar:** El Estado debe avalar cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC cuando un particular o un grupo esté inhabilitado, por motivos externos a estos, para realizarlo y disfrutarlo por su cuenta. En dicho caso, el Estado tiene la obligación de garantizar ese derecho de manera inmediata y directa.
- iii. **Promover:** Los Estados deben realizar una serie de acciones relacionadas con los derechos contenidos en el Pacto, tendientes a entregar a los individuos, un acceso a la información,

---

45 Dentro de las acciones que se consideran nocivas y contraproducentes a esta garantía, se incluyen políticas o normativas que sean manifiestamente incompatibles con las leyes establecidas por el Comité, otros tratados internacionales, leyes nacionales y el rechazo o suspensión de la legislación necesaria para el continuo goce y satisfacción de los DESC.



capacitación para asegurar la disseminación de información apropiada relacionada con los derechos, y un apoyo en las diferentes elecciones y decisiones que pueden tomar para el pleno disfrute de ellos.

En consideración a lo recientemente expuesto cabe cuestionarse de qué manera Chile, como Estado Parte del PIDESC, cumple con la obligación tripartita que el derecho al agua impone. De este análisis deberá concluirse, necesariamente, que el **Estado de Chile infringiría la obligación de respetar**, ya que según el caso en análisis, la RCA dictada es manifiestamente incompatible con los parámetros establecidos por el Comité DESC, específicamente con su O.G. N° 15, por no hacer lo que se le exigía para asegurar que las comunidades indígenas “(...) tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación. Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo “*de sus propios medios de subsistencia*”, los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas”<sup>46</sup>.

Desde esta misma perspectiva, mediante la aprobación del proyecto minero se limitó y restringió el goce del derecho al agua de las comunidades indígenas, vulnerándose, con ello, el deber de abstención que en este sentido establece el Comité, el cual le exige a los Estados que no adopten medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese goce. Obviamente, con la aprobación del proyecto se violentó este deber de abstención por cuanto la autoridad ambiental irremediablemente alterará, con efectos insospechados, el entorno y la vida de las comunidades que por siglos han habitado el valle. Además, la propia RCA que aprobó el proyecto, dejó de lado en sus consideraciones el contenido mínimo que el Comité estableció en cuanto a la disponibilidad, calidad y accesibilidad, ya que si bien tuvo conciencia de los posibles impactos o efectos sobre los recursos hídricos, no logró satisfacer los estándares normativos del derecho al agua a los que el Estado chileno debió sujetarse. Esto, en la práctica, se traduce en que con la extracción de agua necesaria para realizar el

46 Observación General N° 15 del Comité DESC, párrafo 7.

proyecto no se respetará la disponibilidad señalada por el Comité, al poner en riesgo la continuidad y suficiencia del recurso para los usos personales y domésticos, los que comprenden –tal como fue advertido inicialmente– el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica<sup>47</sup>. Por lo tanto, con la venia de la autoridad ambiental para ejecutar el proyecto, el Estado de Chile infringiría la obligación de respetar, ya que, ignorando incluso la opinión de la CONADI, se adoptó una resolución que limitó el acceso suficiente al agua para los cultivos de la comunidad huascoalina, comprometiendo su subsistencia.

También podemos concluir que el **Estado de Chile infringiría la obligación de proteger**, ya que no tomó las medidas necesarias tendientes a asegurar que la comunidad indígena de los huascoalinos estuviera protegida frente a las infracciones que terceros –compañía minera Nevada Ltda.– pudiesen efectuar contra su derecho al agua, sobre todo si se considera que en caso de producirse el más mínimo contacto de los residuos tóxicos con los cursos de agua, la salubridad necesaria para los usos personales y/o domésticos será desplazada por el riesgo que puedan llegar a constituir, para la salud de las personas, la presencia en las aguas de microorganismos o sustancias químicas y/o radiactivas. Esto se evidencia al constatar que en el examen del proceso de calificación ambiental al que se sometió el proyecto, desde un comienzo no se hicieron las gestiones administrativas necesarias para dar cabal cumplimiento a esta obligación, puesto que, a pesar de existir un esfuerzo por parte de la autoridad para subsanar ciertas carencias –que, como se vio anteriormente, pasaron por no abordar temas de significativa relevancia como, por ejemplo, el de la especial relación de los indígenas con los recursos naturales; y otros que sí trató, pero lo hizo en forma insuficiente, ya que no los consideró en su resolución, como los temas planteados en el ICSARA N° 2–, de todas formas se inclinó por aprobar el proyecto.

Este deber reviste especial importancia puesto que se vincula estrechamente con el denominado enfoque o principio precautorio que debe existir en materia ambiental y que establece que *“cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de*

---

47 Ver cita n° 16 de la página 7 del presente documento.

*medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*<sup>48</sup>. A este respecto creemos que la autoridad ambiental, en lo que se acerca más al razonamiento de cualquier otro órgano estatal menos al de uno que vela por el medio ambiente, al darle luz verde al proyecto, transgredió el mencionado principio al dejar en una situación de evidente vulnerabilidad las principales fuentes hídricas a las que han tenido históricamente acceso los huascoaltinos. De aquello se sigue que, aun cuando las comunidades indígenas no se vean significativamente afectadas en sus modos de vida, la sola manifestación de efectos colaterales o secundarios debido a la proximidad a las faenas extractivas –como lo son, por ejemplo, la eventual contaminación de los principales cursos de agua o el exceso de acaparamiento de esta–, sobre tan elementales fuentes hídricas del sector, importará un daño al entorno natural de implicancias socioculturales, incumpléndose, de paso, con los factores de **disponibilidad** –si el abastecimiento de agua de cada persona no es continuo y suficiente para los usos personales y domésticos se infringen las directrices de la OMS y que deben ser asegurados por los Estados–, de **calidad** –al contaminarse con desechos tóxicos los cursos de agua se pone en riesgo la salud de las personas– y de **accesibilidad** –se podría ver afectada la accesibilidad física en caso de producirse un desabastecimiento significativo de agua–. Por lo tanto, la sola amenaza de desaparición de las valiosas y escasas fuentes de abastecimiento hídrico de la zona, compromete significativamente las opciones de subsistencia de las comunidades indígena del sector, lo que evidencia, al mismo tiempo, una inobservancia por parte del Estado chileno respecto de la obligación de proteger<sup>49</sup>, todo lo cual constituye, a nuestro parecer, un motivo más que suficiente para no haber otorgado la aprobación del proyecto.

48 Ver principio n° 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

49 Tradicionalmente se ha entendido en el derecho internacional de los derechos humanos que solo podría hablarse de violación de la obligación de proteger a partir del momento en que los particulares concurren a los distintos órganos jurisdiccionales y les sean negados por estos los recursos judiciales que pretendan interponer, es decir, cuando no tengan un acceso efectivo a la justicia. Sin embargo, creemos que se puede hablar directamente de violación a la obligación de proteger frente a cualquier acción que implique una evidente desprotección estatal, sin importar el poder u órgano del Estado que la cometa ni el contexto en que la ejecute.

Finalmente, el **Estado de Chile también infringiría la obligación de cumplir** –en su dimensión de facilitar–, ya que el Estado no adoptó las medidas positivas y efectivas para que la comunidad indígena pudiera gozar del derecho; tampoco cumplió con esta misma obligación –ahora en su dimensión de promover–, en cuanto ignoró la opinión de la CONADI, la cual proporcionó la adecuada información relativa a vulnerabilidad de la comunidad indígena del sector; y tampoco cumplió con la dimensión de garantizar, al no hacer efectivo el derecho de los huascoaltinos frente al actuar de Compañía Minera Nevada Ltda., puesto que mediante la aprobación del proyecto de seguro se limitará el ejercicio del derecho al agua de esta comunidad. Es decir, se infringiría la obligación de cumplir debido a que la resolución emitida no veló de una manera adecuada para garantizar el efectivo disfrute del derecho.

Respecto de esta última dimensión –la de garantizar– constatamos que la afectación fue aún más notoria, dado que la RCA no se pronunció en los términos que debía hacerlo respecto del derecho al agua. Es más, la resolución, a través de una abstención u omisión, prescindió de los estándares normativos del derecho al agua a los que debía someterse al no garantizar, de manera inmediata y directa, en modo alguno, el derecho humano al agua. Con ello el Estado se apartó –como se indicaba previamente– de la lógica o enfoque precautorio consagrado por el propio PIDESC, ya que al permitir la realización del proyecto solo tomando en cuenta los básicos datos que tenía en su poder la COREMA –alguno de los cuales no fueron totalmente acreditados–, no se podía descartar la posibilidad de que en el futuro se viole el derecho al agua. Nada asegura que en un tiempo más, los efectos propios del proyecto no causen daños o cambios relevantes que provoquen un perjuicio irreparable en la zona y a las comunidades indígenas que habitan el valle, siendo, precisamente esa, una de las obligaciones más significantes del Estado: asegurar que la realización del proyecto no va a tener consecuencias negativas en el futuro o, dicho de otro modo, garantizar debidamente y bajo todas sus dimensiones el derecho humano al agua.

Es por lo recientemente expuesto y por la notoria vulnerabilidad que sufre el derecho al agua, tanto desde el punto de vista del contenido mínimo como de la obligación tripartita, que no cabe concluir otra cosa que la violación, por parte del Estado chileno, del derecho humano al agua de la comunidad indígena de los huascoaltinos. Al permitir la

realización del proyecto minero Pascua Lama, a la luz de lo establecido por la obligación tripartita, se generó la responsabilidad internacional de este, ya que se infringieron, específicamente, el **párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC** y el **artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. El primero, al no reconocer el derecho humano al agua –contenido implícitamente en dicho artículo– y por no haber tomado las medidas apropiadas para asegurar la efectividad del derecho; y, el segundo, por atentar contra la noción de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales que dicho precepto establece.

En conclusión, nos parece que la aproximación realizada por la COREMA de la III Región a la temática indígena dejó mucho que desear, ya que con su determinación pasó por alto aspectos tan relevantes para los indígenas como su especial y compleja relación con los recursos naturales, al disponer abiertamente del recurso hídrico del sector. La total prescindencia de este particular enfoque por parte de la autoridad ambiental plantea serias dudas acerca del grado de consideración de esta respecto de las comunidades indígenas, lo que pone en evidencia, una vez más, el históricamente inadecuado tratamiento de las demandas y perspectivas indígenas por parte del poder público nacional.

## 5. REFLEXIONES FINALES

1. La eventual afectación de los recursos hídricos que implica la realización del proyecto minero, además de producir afectaciones ambientales de consideración en un valle semidesértico, importará vulneraciones de orden sociocultural sobre las comunidades indígenas que desde tiempos inmemoriales habitan el sector, al verse interferida su particular relación con los recursos naturales. Por lo mismo, resulta evidente que el acaparamiento y el riesgo de contaminación de los cursos de agua del valle pondrán en peligro la subsistencia misma de los huascoaltinos, sobre todo si se tiene en cuenta que su principal actividad se centra en la agricultura y la crianza de animales, y cuyas fuentes principales de riego para sus cultivos se localizan, precisamente, dentro del área de ejecución del proyecto. Cabe señalar además, con cierto grado de inquietud, que dicha situación de vulnerabilidad fue advertida por la CONADI –organismo idóneo para evaluar los efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas de la zona– durante el proceso

de tramitación, aunque, definitivamente, la resolución final de la autoridad señaló deficientemente la forma en que se protegerían los derechos y la subsistencia de los descendientes de la cultura diaguita.

**2.** Esta palmaria afectación sobre los recursos hídricos del sector que se materializa en una RCA, situaría al Estado de Chile en una hipótesis de responsabilidad internacional como resultado de las vulneraciones de los factores que constituyen el contenido mínimo o esencial del derecho al agua –disponibilidad, calidad y accesibilidad–, según lo dispuesto en la O.G. N° 15 del Comité DESC. Por lo visto, entonces, la mencionada resolución, a la luz de los planteamientos de la obligación tripartita, vulnera el derecho humano al agua que se encuentra recogido en el PIDESC (artículo 11 párrafo 1) y en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 26), al violentar los factores que conforman el contenido normativo mínimo o esencial del derecho al agua y al no asegurar la progresividad del mismo, respectivamente. Esto, además de representar una violación de los mencionados instrumentos, plantea un importante y cada vez más cotidiano problema que dice relación con la evidente falta de adecuación de la legislación interna al derecho internacional. Creemos que de producirse aquella adecuación, muy probablemente, las fricciones entre ambos espectros normativos disminuirían, pero también creemos que para que ello ocurra constituye una necesidad previa –antes, incluso, que subsanar legislativamente la falta de adecuación–, instruir a la gran mayoría de los operadores del poder público, con el objeto de someter todas sus actuaciones dentro del marco normativo promovido por el derecho internacional de los derechos humanos.

**3.** Por otro lado, fallos de esta naturaleza plantean serias dudas respecto de la idea de reconocimiento que tiene el poder público chileno con relación a las minorías y, específicamente, la que tiene acerca de los indígenas, por cuanto cuesta creer que con pronunciamientos como estos los indígenas participen de la configuración del espacio público provistos de su identidad y cultura propia, de manera tal, que se les permita y garantice la posibilidad de desarrollar sus particulares modos de vida. De mantenerse esta tendencia, seguiremos siendo cómplices y testigos privilegiados de afectaciones a los derechos fundamentales de las minorías y, lo que es más grave, seguiremos negando la existencia de otras formas de vidas –totalmente legítimas por lo demás– hasta hacerlas prácticamente desaparecer del paisaje público, como resultado

de la condenable asimilación de los distintos modelos de vida que existen en toda comunidad política, lo que no hace más que fomentar la invisibilidad de la diversidad.

4. Finalmente, casos como estos, además de enfrentarnos con la realidad y ver en detalle los elementos y características propias que contiene cada caso, nos permiten vislumbrar, una vez resueltos por la autoridad, los criterios definitorios –criterios que, evidentemente, responden a diversos intereses– que realmente hay detrás de casos tan delicados y relevantes como este, y que no son más que una manifestación concreta de las directrices que inspiran a un sistema político, económico, social y cultural que impera en un contexto determinado, y en el cual ciertos bienes resultan ser máspreciados que otros y, por lo mismo, gozan de un mayor grado de protección. Por consiguiente, no debiera extrañarnos que casos similares, que en un futuro próximo se puedan presentar, se terminen resolviendo de manera análoga.

## BIBLIOGRAFÍA

- Expediente del Estudio de Impacto Ambiental “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”. Disponible en [http://www.e-seia.cl/seia-web/fichaProceso.php?id\\_expediente=1048260&idExpediente=1048260](http://www.e-seia.cl/seia-web/fichaProceso.php?id_expediente=1048260&idExpediente=1048260)
- GENTES, Ingo, *Derecho de Aguay Derecho Indígena. Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos*. CEPAL. Santiago de Chile, 2001.
- Howard, G., Bartram, J. *Domestic water quantity, service level and health*. WHO. Geneva, 2003.
- Informe Clínica DESC, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. *El proyecto minero Pascua Lama y sus implicancias sobre el derecho humano al agua*. Santiago de Chile, mayo de 2006. Disponible en [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl)
- WHO (World Health Organization), *The Right to Water*, 2003. Disponible en [www.who.int/water\\_sanitation\\_health/rightwater/en/](http://www.who.int/water_sanitation_health/rightwater/en/)
- Yáñez, Nancy, *Fundamentos jurídicos para el reconocimiento de derechos indígenas al agua: Análisis normativo, jurisprudencial y de casos en el contexto chileno*. Santiago de Chile, agosto de 2005.

## DERECHOS DE AGUA INDÍGENAS EN LA REGIÓN ANDINA<sup>1</sup>

*NANCY YÁÑEZ<sup>2</sup>*

El debate en torno a la gestión de los recursos naturales y su papel en la estrategia de desarrollo de los países andinos ha puesto en evidencia profundas inequidades estructurales que inciden adversa y fuertemente en el acceso de los sectores más postergados de la sociedad a los procesos de toma de decisión respecto de estos bienes y a su pleno goce. Los Pueblos indígenas y las comunidades rurales enfrentan las presiones que el desarrollo ejerce sobre sus territorios y sus recursos naturales, en particular, los hídricos. Monopolización de derechos de aguas, uso indiscriminado del recurso y contaminación, son algunos de los graves efectos que ha generado esta situación en algunos territorios indígenas y, en general, en las cabeceras de las cuencas hidrográficas, localizadas mayoritariamente en los sectores rurales del ecosistema andino. En la actualidad se observan en los Andes drásticos cambios sociales, alteraciones medioambientales, agotamiento y contaminación de las fuentes de agua y un aumento exponencial de los conflictos vinculados al recurso hídrico.

---

1 Sistematización efectuada por Nancy Yáñez Fuenzalida en base a las investigaciones efectuadas por diversos autores en marco del Proyecto Visión Social del Agua en los Andes y cuyos resultados fueron expuesto en el panel sobre Derechos de Agua, que tuvo lugar en el Seminario sobre Globalización Derechos Humanos y Pueblos Indígenas los días 28 y 29 de noviembre del 2006, por Juan Carlos Alurralde, Miguel Solanes, Susan Poats, Michael Hantke y Nancy Yáñez. Estas investigaciones están disponibles en [www.aguasustenable.org](http://www.aguasustenable.org). El Proyecto Visión Social del Agua en los Andes, fue coordinado por la organización no gubernamental Agua Sustentable (Centro de Apoyo a la Gestión Sustentable del Agua y Medio Ambiente), con el respaldo del Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID/IDRC).

2 Codirectora del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas



Como resultado de la presión sobre los recursos naturales ejercida, tanto por el modelo económico imperante en la mayoría de los países de la región como por el fenómeno de la globalización, las comunidades indígenas y campesinas han perdido su tradicional acceso a estos recursos, tanto en su condición de bienes productivos y culturales como del hábitat que sustentan.

La constatación de que el agua es un bien esencial para la vida humana y cumple funciones insustituibles en los ámbitos ambiental, social, cultural y económico, ha determinado el régimen legal que regula la naturaleza jurídica del recurso, el papel del Estado y los mecanismos de asignación, uso y distribución desde la esfera estatal institucional. La regla general ha sido mantener la propiedad de las aguas en el dominio público y que, en el ejercicio de este derecho, corresponda al Estado determinar la disponibilidad de las aguas, establecer mecanismos de asignación del recurso y fiscalizar su uso racional. Por su parte, los derechos de uso otorgados a particulares –personas naturales o jurídicas, grupos o individuos– se regula a través del reconocimiento de derechos de aprovechamiento de aguas, en general amparados por el derecho de propiedad y constituidos como derechos individuales.

La tendencia en Chile y Perú muestra que los mecanismos de reasignación de derechos de uso de agua a particulares han pasado de un régimen de reasignación administrativa a uno en el que la reasignación se resuelve mediante la creación de mercados de aguas (Chile) o la imposición de regímenes tarifarios (Perú), para garantizar una distribución y un uso equitativo y eficiente del agua. En ambos países, la regla general ha sido que el sistema de reasignación impulsado por el aparato público proscriba aquellos mecanismos intraculturales que operan en la gestión de los espacios territoriales ancestrales, conforme a los sistemas de usos y costumbres de usuarios tradicionales, como comunidades campesinas y Pueblos indígenas; se han dado, asimismo, experiencias incipientes que apuntan a la constitución de plataformas sociales para la gestión del agua. La situación en Bolivia y Ecuador parece seguir una tendencia inversa a la chilena y peruana, ya que los usos y costumbres han terminado por imponerse al derecho positivo y han servido de paradigma para el reconocimiento de derechos colectivos al agua, según lo demuestran la Reforma Constitucional (1998), en Ecuador, y la aprobación de la Ley de Riego y su Reglamento en Bolivia (2006).

No obstante, por la vía de la suscripción de acuerdos de inversión la mayoría de los Estados de la región han terminado generando marcos jurídicos que permiten la libre comercialización del agua. En efecto, la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT), y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) son instrumentos ampliamente difundidos que regulan el intercambio comercial e incorporan el agua al mercado de bienes y servicios. Existen, además, otros acuerdos con previsiones similares al GATT y al GATS que tienen impactos parecidos en relación al agua. Un ejemplo es el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, conocido como CAFTA (por su sigla en inglés) y muchos de los tratados bilaterales de inversión (BITs) suscritos en el área andina, donde el agua no ha sido específicamente excluida de las reglas de intercambio. Además, los acuerdos con Estados Unidos de Norteamérica, en el sector servicios, solo excluyen servicios cuando han sido expresamente excluidos, esto a diferencia del GATS, donde se entiende que solo los servicios listados son incluidos (a través de las llamadas “listas positivas”, es decir, las listas en las que los Estados incorporan los servicios cuya inclusión es aceptada expresamente e incluso ofertada). En el Acuerdo de Libre Comercio de América Central (CAFTA), solo Costa Rica ha excluido los servicios de agua, lo que significa que si alguno de los otros países parte permite alguna privatización, todo el sector estaría disponible para inversión privada. Estados Unidos, en cambio, no está sujeto a la misma regla, puesto que excluyó del tratado las áreas comerciales de jurisdicción de cada uno de los estados de la Unión; y, estando el agua sujeta a la regulación de cada estado miembro de la Unión, la decisión sobre su comercialización queda sujeta a la “soberanía” de cada estado federal (Solanes, 2007; Agua Sustentable, 2007)<sup>3</sup>.

La incorporación al mercado de bienes y servicios del agua pone en el centro del debate los temas relativos a la naturaleza de los derechos de aguas, la condicionalidad de esos derechos y la creación de mercados de agua o la imposición de tarifas, como mecanismos de reasignación de los derechos de uso. La experiencia muestra que, bajo este modelo, la falta de regulación del mercado como mecanismo de reasignación de aguas, y también la insuficiente fiscalización estatal para garantizar el uso efectivo y racional del recurso, han conllevado externalidades

---

3 Disponible en: [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)

ambientales negativas en la gestión de las fuentes de aguas y las cuencas hidrográficas; inequidades e injusticias sociales y ambientales y, finalmente, creación de mercados distorsionados y vulnerables a la monopolización de los derechos.

Como consecuencia de estas deficiencias institucionales, agravadas por las debilidades estructurales de que adolece la mayoría de los Estados en la región, se observa que en la generalidad de los países andinos surgen conflictos vinculados al agua, siendo los más graves aquellos que atañen a la explotación de las fuentes de agua cruda y enfrentan a usuarios tradicionales de estos recursos hídricos, como Pueblos indígenas y comunidades campesinas, con entes corporativos que promueven actividades económicas en sus territorios de origen y monopolizan los derechos de aprovechamiento de aguas en que se basan los hábitat tradicionales de las comunidades andinas. En este caso observamos un conflicto de poder en el que convergen dos actores: uno con poder monetario y político, nacional o trasnacional y otro, constituido por las comunidades locales, indígenas y campesinas, cuya cuota de estos poderes es tradicionalmente mucho menor.

Si bien esta es una tendencia general, el caso más emblemático es el de la legislación sobre el agua en Chile; la investigación realizada en la cuenca social del río Loa<sup>4</sup>, ilustra sobre las externalidades sociales, económicas y culturales del modelo y la forma en que impactan a las comunidades indígenas ribereñas. En realidad, los estudios de caso en la cuenca social de los ríos Loa y Jequetepeque-Chamán<sup>5</sup>, en Chile y Perú, respectivamente, son los más representativos en este sentido y muestran la medida en que el modelo favorece la monopolización de las aguas y sus fuentes por parte de empresas mineras nacionales y transnacionales de gran envergadura, en desmedro de los derechos de usuarios tradicionales. La evidencia empírica en ambos casos deja en claro que la política ambiental se reduce a pagar por contaminar y no garantiza el uso sustentable de los recursos naturales. Siguiendo esta línea, se recurre a los mecanismos del sistema de libre mercado para ajustar la eficiencia de la política hídrica y se presentan propuestas como la fijación de impuestos a la contaminación; el pago de patentes por uso o, en su defecto, por el no uso del agua; la asignación de cuotas

4 Molina, Raúl (2007), disponible en [www.aguasutentable.org](http://www.aguasutentable.org)

5 Chunga, Fresia (2007), disponible en [www.aguasutentable.org](http://www.aguasutentable.org)

de contaminación y la apertura de un mercado de crédito por emisiones contaminantes, entre otras.

La participación social y también la asociación estratégica de las comunidades locales han estado ausentes en los ajustes estructurales a que ha sido sometida la institucionalidad hídrica en América Latina (Peña, 2004, p. 90) y, asimismo, del proceso de adopción y suscripción de los acuerdos internacionales de inversión. Por el contrario, la transferencia de población, la migración forzada y el desplazamiento ambiental, como consecuencia directa de la privación de los recursos hídricos, han sido una constante entre las externalidades negativas generadas por los proyectos de inversión en territorios indígenas y rurales, perjuicios propiciados, en general, por la fragilidad de los recursos jurídicos, sociales y económicos con que cuentan los Pueblos indígenas y las comunidades campesinas para oponerse a las extracciones de recursos naturales o para negociar sus derechos a los recursos y, eventualmente, obtener una reparación por los daños sufridos (Peña, 2004, p. 106).

Así fue planteado por los representantes indígenas en el Tercer Foro Mundial del Agua, celebrado en Japón, a través de la *Declaración de Kyoto de los Pueblos Indígenas sobre el Agua*, en la que estos expusieron sus reclamos y requirieron que los Estados nacionales reconocieran legalmente los intereses de los Pueblos indígenas respecto del agua y sus usos consuetudinarios, incluyendo esos derechos en leyes y políticas nacionales en materia hídrica. Dicha demanda es el resultado de una larga experiencia en cuanto a la forma en que diversos gobiernos nacionales deciden el destino del agua disponible en los territorios indígenas para beneficiar intereses corporativos privados o públicos en desmedro de aquellos de las comunidades locales (Peña, 2003, p. 13).

Según queda de manifiesto en la Declaración de Kyoto, para la mayoría de las organizaciones indígenas el agua constituye no solo un referente cultural, sino que la ven, al mismo tiempo, como una condición de vida y base de sustentación del territorio en el que se busca ejercer el gobierno comunitario y darle viabilidad. Desde esta perspectiva, el derecho al agua, así como a los demás recursos naturales existentes en el territorio, forma parte del derecho de autodeterminación de los Pueblos Indígenas (Peña, 2003, p. 13).

En la cuenca del río Loa, por ejemplo, es posible constatar la violación de estos principios y normas en Chile. El estudio de caso muestra el colapso demográfico que han sufrido las comunidades indígenas ribereñas –de origen aymara, quechua y atacameñas o *lickan antay*– como consecuencia de la sobreexplotación de los recursos hídricos por parte de empresas mineras y otras prestadoras de servicios de agua potable, que surten las ciudades costeras y los centros mineros de la región.

Sin embargo, los problemas que afectan a la gente y el agua en los Andes no son solo el producto de carencias estructurales en la región. Las principales dificultades en torno al reconocimiento y ejercicio de los derechos de las comunidades locales sobre sus aguas surgen como consecuencia de la falta de voluntad política de los entes de gobierno para proteger adecuadamente los intereses de comunidades indígenas y campesinas, haciendo primar los propósitos de los grupos de poder corporativos –públicos o privados– interesados en apropiarse de recursos naturales de uso tradicional para incorporarlos a su estrategia productiva sin considerar la incidencia de tales recursos en la estrategia económica de las comunidades indígenas y campesinas.

En la actualidad, el Estado impone un modelo hegemónico que determina, conforme a un único modelo cultural y económico el sistema de gestión y uso de las aguas. En este marco, los modelos locales, culturalmente diferenciados, deben aceptar nuevas asociaciones de usuarios, nuevas formas de distribución del recurso y nuevas autoridades, conforme a un modelo hidrológico definido a nivel del Estado y sin participación. Esta fórmula enfrenta modelos estatales con modelos locales, indígenas y campesinos, generando inequidades y presiones ilegítimas. (Gelles, 2004, p. 39).

Los escasos monitoreos locales, la reducida penalización impuesta por el Estado a las conductas ilegales (Gentes, 2004, p. 77) y, en síntesis, la impunidad legal de quienes provocan impactos ambientales y socio-culturales, ha llevado a las instituciones del Estado responsables de la definición, control y gestión de la política hídrica “nacional” a una crisis de credibilidad, siendo este el escenario en el que se promueven procesos de descentralización y, también, de autodeterminación, como alternativas más eficientes para asegurar la gestión equitativa de los recursos hídricos.

Es importante resaltar, sin embargo, las iniciativas emprendidas por las organizaciones campesinas e indígenas de Bolivia que, en una coyuntura ventajosa, en el marco del gobierno del Presidente Evo Morales, han logrado la aprobación del reglamento de la Ley de Riego. Este instrumento normativo incorpora un régimen de derechos de aguas para comunidades y familias campesinas e indígenas que innova con respecto a otros existentes en la región andina. Sus contenidos más relevantes son los siguientes: se prohíbe la comercialización de los derechos de aguas (registros y autorizaciones) y de las aguas (en consecuencia, se eliminan los mercados de aguas y de derechos de aguas); se otorgan registros colectivos y familiares a productores campesinos e indígenas con carácter permanente (no en términos de propiedad, sino de derecho de uso oponible a terceros), sobre la base de criterios referidos a fuentes de agua. La incorporación de estos criterios permite incluir áreas de escurrimiento o cuencas, que corresponden a las áreas territoriales de uso de las aguas y cuyos límites físicos son aquellos establecidos en los acuerdos entre los usuarios y que configuran un sistema de riego. Por otra parte, esta ley crea un marco institucional regulatorio con participación social y estatal<sup>6</sup>.

Asimismo, es digno destacar un caso en Chile donde se ha reconocido el derecho preferente de las comunidades indígenas sobre las aguas de uso ancestral. Esto ocurrió en el caso de la comunidad de origen atacameño o *lickanantay* de Toconce, en la cuenca del río Loa; allí, la Corte Suprema del país dictaminó que el derecho indígena sobre las aguas de uso ancestral constituía dominio pleno y tenía amparo legal en el derecho interno, ordenando que se restituyeran a la comunidad derechos de agua inscritos por la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN S.A.) correspondientes a un caudal de 100 l/s, utilizados desde tiempos inmemoriales para irrigar las terrazas de cultivo. Sin embargo, se debe puntualizar que hasta la fecha dicha comunidad no ha podido materialmente recuperar los derechos, por falta de recursos para reconstruir los antiguos canales en desuso desde la década de los 80 en que perdieron los derechos de agua, dejaron de regar y muchos de sus miembros se vieron forzados a migrar a la ciudad de Calama.

---

6 Orellana, René (2007), Disponible en: [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)

Estos antecedentes dan cuenta de la situación general de derechos de agua en la región andina y hacen énfasis en algunas evidencias que permiten ilustrar la problemática. Sin embargo, la evidencia empírica es abundante y requiere de un análisis pormenorizado por lo que estimamos pertinente desarrollar en esta sistematización un acápite especial destinado a reseñar las situaciones más emblemáticas de vulneración de derechos de agua indígenas en los Andes, lo que se sintetiza a continuación.

**DERECHOS DE AGUA Y GESTIÓN CIUDADANA EN LOS ANDES.  
SITUACIÓN DE CUENCAS SOCIALES Y ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE  
DERECHOS DE AGUA EN BOLIVIA, CHILE, ECUADOR Y PERÚ,  
RESPECTIVAMENTE<sup>7</sup>**

**Tiquipaya – Colcapirhua en Bolivia<sup>8</sup>**

En la cuenca social Tiquipaya-Colcapirhua, en Bolivia, se observa la existencia de un espacio territorial en el que opera un tejido de interacción social en torno al manejo y gestión de las fuentes de agua, que dan origen a 5 sistemas de riego y 37 sistemas de agua potable autogestionados.

La cuenca social en cuestión está determinada por las tradiciones. Estas se han ido construyendo desde épocas precoloniales, variando y adaptándose a los distintos periodos históricos; incluso su delimitación está muy condicionada por los usos y costumbres que sustentan el

7 Yáñez, Nancy y Susan Poats (2007) Derechos de Agua y Gestión Ciudadana, proyecto Visión Social del Agua en los Andes, Agua Sustentable - Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo de Canadá (IDRC). En esta publicación consta una síntesis de las investigaciones a cargo de Elka Villarroel, Raúl Molina, Susan Poats y Alex Zapatta y Fresia Chunga, realizadas en las cuencas sociales de Tiquipaya-Colcapirhua, Loa, La Chimba-Pisque y Jequetepeque-Chamán, en Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, respectivamente. Conjuntamente con los estudios de caso se presentan las reseñas de tres investigaciones sobre los marcos normativos que rigen el derecho ciudadano e indígena al agua en Chile, Perú y Ecuador, las que estuvieron a cargo de Ingo Gentes, Teresa Ore y Laureano del Castillo y Santiago Vallejo. Además, un informe sobre la Ley de Riego en Bolivia cuyos autores son René Orellana y Juan Carlos Alurralde.

8 Información sistematizada por: Villarroel, Elka (2007); Orellana, René y Juan Carlos Alurralde (2007), en el marco del Proyecto Visión Social del Agua en los Andes, Agua Sustentable / Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC) y está disponible en: [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org).

reconocimiento y la regulación de los derechos de agua de múltiples usuarios en la cuenca, promueven condiciones más equitativas para el uso y aprovechamiento de las aguas y, finalmente, ayudan a resolver conflictos.

La delimitación espacial de la cuenca social en este territorio está determinada por el concepto andino de “comunidad” y por el ámbito hídrico referido espacialmente al área territorial que abarca desde el origen de las fuentes de agua hasta los lugares en los que el recurso se usa y aprovecha.

El proceso de urbanización en marcha en Tiquipaya y Colcapirhua se presenta como un fenómeno reciente y de alto impacto en cuanto a la gestión del agua. Esto afecta a la continuidad espacial de la cuenca social y fragmenta el tejido social que la sustenta, ya que los actores que ocupan estos espacios urbanos no se integran a la visión andina de comunidad y, aún menos, a la gestión colectiva del recurso que es un pilar fundamental de la identidad socioterritorial del resto de los actores, hombres y mujeres, de esta cuenca social. Se observa que estos nuevos agentes gestionan sus propias fuentes de agua de explotación subterránea y, por ende, se sitúan al margen del tejido social construido en torno al recurso.

En todo caso, en la cuenca Tiquipaya-Colcapirhua existe un constante control social del uso y aprovechamiento de los recursos hídricos, el cual, con algunas insuficiencias ocasionadas por presiones externas (urbanización, mayor predominio de la lógica de mercado, pérdida paulatina del manejo colectivo de los recursos, etc.), tiende a mantener la equidad en el uso y distribución del agua. Este sistema tradicional permite a los usuarios y usuarias proteger la cuenca de intervenciones no consensuadas y sirve de paradigma para la elaboración de propuestas legislativas a nivel nacional, como es el caso de la Ley de Riego en Bolivia y su reglamentación recientemente aprobada (Orellana, Alurralde, 2007)<sup>9</sup>.

La entrada en vigencia de dicha reglamentación ha permitido incorporar un régimen de derechos de agua para comunidades y familias campesinas e indígenas en virtud del cual se prohíbe la comercialización de los

---

9 Disponible en [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)



derechos y de las fuentes de aguas, se otorgan derechos de uso sobre la base de registros colectivos y familiares a productores campesinos e indígenas con carácter permanente y, para la gestión del recurso, se consideran las fuentes de agua, incluidas las áreas de escurrimiento o cuencas, es decir, áreas territoriales de uso de aguas cuyos límites físicos están determinados por el alcance de los acuerdos establecidos entre los usuarios y que configuran un sistema de riego (Orellana, Alurralde, 2007)<sup>10</sup>.

### **Río Loa en Chile<sup>11</sup>**

El caso del río Loa es emblemático desde el punto de vista de la sobreexplotación del recurso hídrico. En el año 2000, las aguas del río Loa fueron declaradas saturadas, por lo que se dispuso que no se entregarían nuevos derechos de aprovechamiento; por consiguiente, la presión se ha volcado hacia las fuentes de agua localizadas en cuencas subterráneas. Los derechos ancestrales de gestión colectiva de las aguas han sido reemplazados por un sistema de derechos individuales impuesto por el Estado y el caudal, antaño de uso exclusivamente indígena, es distribuido para varios usos: los cultivos agrícolas, el abastecimiento de agua potable a ciudades, pueblos y enclaves mineros, las actividades industriales y los procesos mineros.

Las comunidades indígenas ribereñas del río Loa, de origen atacameño o *lickanantay*, quechua y aymara, hacen uso en la actualidad del 34,3% de los derechos de agua constituidos en la cuenca, que destinan a sus actividades agrícolas. Estas comunidades enfrentan diversos procesos que han resultado en una disminución de sus derechos ancestrales a las aguas del Loa, tales como pérdida de derechos de agua por engaño en el proceso de constitución, por contaminación de los ríos y por la monopolización de derechos de agua por parte de empresas de agua potable y mineras. En tiempos recientes, sin embargo, se observa un

---

10 Disponible en [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)

11 Informe elaborado por Raúl Molina e Ingo Gentes, en el marco del Proyecto Visión Social del Agua en los Andes, Agua Sustentable / Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC). En: Yáñez, Nancy y Susan Poats (editoras) "Derechos de Agua y Gestión Ciudadana", Agua Sustentable y Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC).

incipiente proceso de recuperación de los derechos de agua, por la vía de la reivindicación judicial y la compra de derechos a terceros, pero que no han logrado revertir la deteriorada situación de los recursos hídricos en la cuenca.

El río Loa proporciona agua potable a la población urbana de las ciudades de Antofagasta y Calama y a varios centros intermedios, que se asientan en el desierto de Atacama, uno de los más áridos del planeta. En la actualidad, para el abastecimiento de agua potable se usa el 36,2% de la disponibilidad hídrica de la cuenca y es evidente que la demanda futura de agua potable de los centros urbanos seguirá en aumento debido al crecimiento de la población como consecuencia de la expansión de la gran minería en la zona. Es importante señalar que estas dos grandes ciudades y los otros centros urbanos que demandan agua potable están ubicados muy afuera de la cuenca hidrográfica; sin embargo, estos usuarios también figuran entre los afectados por los problemas de contaminación y escasez hídrica que se avecinan y que forman parte de un escenario hipotético de aportes futuros que permitan garantizar la continuidad de los servicios ambientales que proporcionan las comunidades localizadas en las partes altas de la cuenca, que son las que resguardan las fuentes de agua.

La actividad minero-industrial, por otra parte, hace uso del 29,5% de los derechos de aprovechamiento de las aguas superficiales disponibles en la cuenca. Las aguas son utilizadas principalmente por la Corporación del Cobre (CODELCO), División Chuquicamata, pero son insuficientes para satisfacer la demanda total de aguas de la minería. Es así que CODELCO ha iniciado la exploración y explotación de aguas subterráneas para cubrir las necesidades de sus procesos mineros en expansión. Estas prospecciones y explotaciones de aguas subterráneas implican un serio peligro, ya que pueden incidir en el abastecimiento de la cuenca, cuyas aguas superficiales provienen en su mayor parte de vertientes que tienen su origen en aguas subterráneas. La situación más grave se da en Pampa Puno, en la cabecera del río Loa, donde le fue concedido a CODELCO División Norte derechos de aguas subterráneas para explotar 400 litros/seg de acuíferos subterráneos alumbrados en 8 pozos, a pesar de que la cuenca del río fue declarada saturada y que no se ha descartado que se trate de acuíferos relacionados.

Es un hecho incuestionable que la sostenida demanda de aguas del río Loa comenzó a agotar los caudales disponibles, lo que ha originado una crisis de abastecimiento que comenzó a manifestarse en la década de 1960 y que está lejos de resolverse. En ese período se iniciaron programas de regulación del caudal del río para incrementar la eficiencia en el riego, el abastecimiento de agua potable para la población y el desarrollo minero. Las obras se realizaron en el Loa y sus afluentes, pero no garantizaron la sustentabilidad de los *ayllus* atacameños y aymaras adyacentes, cuyas economías de naturaleza silvo-pastoril sucumbieron frente al desecamiento de vegas y bofedales como resultado del entubamiento y embalse de las aguas.

En la década de 1970 se construyeron las principales obras de regulación del riego (embalse Conchi) y la bocatoma de agua potable (Lequena). En los años ochenta se entregaron nuevas concesiones de derechos de agua en el río, y se redujeron los derechos de las comunidades atacameñas en un 50%, aproximadamente por medio de engaños, ya que se informó a las comunidades que debían pagar por los derechos. Luego se impulsó la realización de una segunda obra de captación de agua potable (Quinchamale), lo que disminuyó la seguridad de riego agrícola a un 60%, afectando a todas las comunidades, en especial a la del oasis de Quillagua. En la década de 1990 se produjo un grave episodio de contaminación con xantato del río Loa, que se extendió desde Calama hasta su desembocadura y terminó con la producción agrícola de la comunidad aymara de Quillagua.

En el año 2000, la declaración de agotamiento del río Loa para la concesión de nuevos derechos de agua no congeló la disputa por el reparto justo y eficiente de los recursos hídricos. Las comunidades atacameñas y aymara han intentado recuperar los derechos de aprovechamiento de agua que les fueron confiscados y/o enajenados, para lo cual han recurrido a los mecanismos que les fueron conferidos en la Ley Indígena promulgada en 1993 y que les permiten reivindicar derechos de agua por la vía del reconocimiento judicial de derechos ancestrales y la compraventa de derechos de agua disponibles en el mercado.

El conflicto del Loa no se limita a la escasez hídrica, sino que tiene, además, una dimensión relativa a la calidad química de las aguas y a la contaminación de sus caudales. En efecto, la tensión hídrica se centra en

las aguas potables y de mejor calidad químico-industrial y, por lo tanto, en las cuencas altas del río Loa, Toconce y Caspana, y sobre todo en las aguas de la cuenca del río San Pedro, uno de los principales afluentes del Loa. En cambio, las aguas de los ríos Salado y San Salvador son subutilizadas. Esto hace que el caudal del Loa en su cuenca media y baja aumente con los aportes de los ríos salinos, empeorando la calidad del agua y haciéndola cada vez menos propicia para la agricultura. La comunidad más afectada es la de Quillagua, a la que solo le llegan las aguas salobres inutilizables para la agricultura, actividad que en la actualidad ha desaparecido como consecuencia de estos hechos, en circunstancia que hace 20 años el oasis poseía 400 hectáreas de cultivo bajo riego. En la actualidad Quillagua posee derechos de aprovechamiento por 45 litros/seg que son meramente nominales ya que no fluye agua hasta Quillagua, se pierde por infiltración o apropiación indebida de los usuarios localizados aguas arriba.

Cabe hacer hincapié en la contaminación de las aguas, principalmente en el curso medio e inferior del río, a partir de la ciudad de Calama. En esta sección de la cuenca se ha producido más de un episodio de contaminación con compuestos químicos, principalmente xantato, un derivado de los tratamientos mineros, haciendo inservibles las aguas para la agricultura y provocando, a la vez, un daño ambiental irreparable en los hábitat del río. Existe evidencia técnica de que la contaminación del río Loa puede estar estrechamente asociada a los tranques de relave del mineral de Chuquicamata, localizados en las cabeceras del río San Salvador y a un costado del escurrimiento del Loa, entre las localidades de Chiuchiu y Calama; al respecto, se deja constancia de que el nexo entre la contaminación del río y esta fuente de relave ha sido sistemáticamente negado por las autoridades del Estado de Chile y por la empresa, argumentándose que la relación no está técnicamente demostrada, lo que deja a las comunidades indígenas en el desamparo.

Los antecedentes disponibles demuestran que no hay equidad en la cuenca. En la negociación de los recursos hídricos participan exclusivamente el Estado y las empresas; prevalecen usos industriales incompatibles con los usos tradicionales en un área de extrema fragilidad hídrica; y, finalmente, se ha generado un proceso de fragmentación social, despoblamiento y destrucción del hábitat de las comunidades

atacameñas y aymaras que desde tiempos inmemoriales habitan las riberas del Loa y sus afluentes (Molina, 2007)<sup>12</sup>.

El análisis de la legislación sobre aguas en Chile evidencia que los conflictos respecto del acceso y uso del agua surgen en el ámbito local y parten de una demanda de reconocimiento, sea colectivo o comunitario. Siendo un hecho no controvertido que la negociación entre las entidades públicas y los actores interesados no incluye a todos estos últimos en pie de igualdad, especialmente en términos del acceso a la información y el derecho a la toma de decisiones (Gentes, 2003; Cuadra Lizana, 2002; Lillo Vera, 2003a, 2003b).

La evaluación histórica y el análisis de la normativa positiva de la legislación sobre aguas en Chile (Gentes, 2002; 2003) demuestran claramente que el Código de Aguas en vigencia no es el resultado de un proceso de construcción social, sino de la imposición de un discurso político exclusivo desde arriba hacia abajo (*top-down discourse*) sobre los recursos hídricos, que responde a las ideologías de poder imperantes en el país (Gentes, 2007).

El proceso registrado en la cuenca del río Loa es emblemático cuando se analizan casos de denegación de derechos locales de agua. En esta misma cuenca queda claramente de manifiesto la negligencia estatal en la aplicación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) vigente en el país, así como también la existencia de una planificación de políticas energéticas y de recursos naturales en las que no se considera la trascendencia y continuidad histórica de los territorios y hábitat ecológicos de las comunidades locales indígenas y campesinas (Gentes y Yáñez, 2005).

Es interesante reiterar que ocasionalmente esta situación de denegación de derechos a la que ha llevado la legislación sobre aguas en Chile ha sido revocada sobre la base de la jurisprudencia. En este sentido, una sentencia emblemática es la emitida por la Corte Suprema en junio del 2004, que resolvió la controversia sobre aguas entre la comunidad indígena de Toconce y la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN); en ese fallo se reconoció la propiedad ancestral de la comunidad indígena de Toconce sobre los derechos de agua

12 Disponible en [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)

demandados y se sentó como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivada de prácticas consuetudinarias, constituía dominio pleno. A partir de este dictamen se observa que en el ordenamiento jurídico chileno el derecho de propiedad otorga máxima certeza jurídica sobre los derechos de agua de comunidades indígenas y campesinas y ha servido de base para concederles amparo jurisprudencial.

Asimismo, el caso en cuestión muestra en la legislación chilena otro avance importante destinado a contrarrestar las externalidades negativas de las leyes hídricas y, en particular, del modelo de libre mercado que sustenta el régimen de derechos de agua. En efecto, la legislación ha garantizado la protección de las aguas que alimentan vegas y bofedales, prohibiendo su explotación. No obstante, los aportes de esta legislación son limitados, pues se han protegido solo algunos espacios por la vía del registro y demarcación que realiza la Dirección General de Aguas (DGA) de determinados humedales, vegas y bofedales existentes en territorios indígenas localizados exclusivamente en la I y II Región, quedando desamparados espacios de gran importancia ambiental y cultural (DGA, 1996; Alegría/Valdés, 2001; Cuadra Lizana, 2001).

La evaluación gubernamental de tales disposiciones es positiva. Según los informes oficiales, esta política ha favorecido la gestión pública y la interacción con las comunidades indígenas del norte de Chile, al lograr una efectiva protección de su entorno y ambiente, así como de sus recursos hídricos y humedales (Alegría 2004; Contreras, 2002; Pourrut y Núñez, 1995). No obstante, la evidencia empírica muestra que en los últimos años, y de modo coincidente con la expansión de la gran minería, la presión hídrica se cierne sobre los humedales altoandinos y amenaza dar paso a la explotación de sitios protegidos no solo por la normativa interna chilena, sino por tratados internacionales de los cuales el país es signatario. Este es el caso del salar de Huasco y del Sistema Hidrológico Soncor en el salar de Atacama, que gozan de la protección de la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida también como Convención Ramsar, y sobre los cuales penden solicitudes de explotación de aguas subterráneas y salmueras, haciendo caso omiso de los derechos ancestrales de comunidades indígenas que realizan actividades silvopastoriles en dichos espacios y, desde

hace algunos años, también llevan adelante algunas iniciativas etno-turísticas (Gentes, 2007)

La situación se torna crítica como consecuencia de las insuficiencias estructurales y políticas que presenta el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y que, a la postre, han determinado que el instrumento sea ineficiente para prevenir o contrarrestar los efectos negativos que generan los proyectos de inversión en el medio ambiente indígena, incluidas las áreas protegidas, como los humedales y las lagunas altiplánicas.

Los programas públicos en Chile no promueven la creación de plataformas de concertación que, por la vía de la gestión colectiva y la conjugación de intereses, garanticen la protección y conservación de ecosistemas, así como, menos aún, la gestión social del agua con participación ciudadana. Desde otra perspectiva, tampoco se dan las condiciones para que el Estado, a través de sus instituciones, asuma el papel de garante del bien común y ampare los derechos especiales de uso, acceso y explotación de recursos naturales en territorios asignados para el desarrollo de las comunidades locales, campesinas e indígenas.

En síntesis, el ejercicio de los derechos locales e indígenas sobre el agua no constituye una prioridad política en el marco del actual modelo chileno. Por tanto, el desafío consiste en establecer bases normativas y sociopolíticas que permitan profundizar los esfuerzos en defensa de los derechos indígenas y superar las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran las comunidades indígenas y campesinas en cuanto a la efectiva protección y defensa de sus derechos de agua (Albornoz Guzmán, 2001; Cuadra Lizana, 2001; Díaz Paez, 1995; Yáñez/Gentes, 2005).

### **La Chimba – Pisque, en Ecuador<sup>13</sup>**

En Ecuador presentamos a modo de evidencia un conflicto de aguas entre una acequia de riego antigua y un proyecto de mejoramiento y acceso al riego mediante la construcción de un canal de hormigón, el cual, hasta la fecha, no lleva agua a lado alguno. El conflicto, surge en la microcuenca de La Chimba, ubicada a una hora y media al norte de

13 Poats y otros (2007), disponible en: [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)

Quito, en las alturas de los páramos del cantón Cayambe, donde nace la acequia Tabacundo. Esta, construida en 1930, hasta los años setenta ha servido principalmente a las haciendas ubicados abajo, en la cuenca del río Pisque, en otro cantón, el de Pedro Moncayo. La construcción fue liderada e impulsada por el Municipio de Pedro Moncayo, el cual, en contradicción con las leyes hídricas y las costumbres imperantes en el resto de los sistemas de riego de Ecuador, ha administrado las aguas. Bajo este sistema, quien paga más o quien tiene más poder ha recibido el agua. Las pequeñas comunidades han utilizado los remanentes que, hasta hace pocos años, fueron suficientes para sus sistemas productivos.

Los cambios de la actividad económica en la región, que hoy favorecen la producción de flores para la exportación, sumados al crecimiento poblacional y al aumento de la demanda hídrica, tanto en las zonas bajas de la cuenca como en las altas, ha puesto mucha presión sobre las aguas disponibles. Las fuentes que todavía existen en la microcuenca de La Chimba son objeto de todas las miradas, principalmente de los grandes productores. A finales de los años noventa el Municipio de Pedro Moncayo, para responder a las nuevas demandas de agua, propició la construcción de un gran canal, con una represa en los páramos al otro lado de la cordillera, para traer un volumen de agua que permitiera suplir las necesidades hídricas, en particular las de las nuevas empresas florícolas. Las incongruencias de la gestión son evidentes, el Municipio consiguió los fondos para el proyecto de riego Canal Pedro Moncayo-Cayambe, o Proyecto Canal Tabacundo, pero no para la represa y el túnel, que en último término son necesarios para obtener el agua. En síntesis, queda un gran canal, sin concesión, al lado de la antigua acequia Tabacundo, que suministra agua a sus miles de usuarios tradicionales. El Municipio, los grandes productores florícolas y el gobierno provincial, que había financiado la construcción, iniciaron acciones para conseguir la concesión de las aguas de La Chimba, más arriba de la bocatoma de la antigua acequia Tabacundo, acción que significaba dejarla seca y privar de agua a los usuarios tradicionales.

Paralelamente, en el año 2003 se forma en La Chimba una plataforma de cuenca con el objetivo de estudiar la cuenca para ayudar a fomentar una gestión comunitaria más eficiente de las aguas. Esta plataforma, denominada Consorcio para el Desarrollo Sustentable de la Cuenca de La Chimba (CODECHIM), se convierte en el espacio de análisis, debate



y acción a favor de la acequia Tabacundo y sus usuarios y usuarias en la zona alta, de mayoría indígena. La plataforma se ha consolidado e incluso se ha ampliado su radio de acción y análisis para comprender la cuenca del Pisque y La Chimba, y así poder abarcar todos los usos de las aguas que nacen en La Chimba.

La plataforma ha sido, sin lugar a dudas, un mecanismo para la resolución del conflicto, aun cuando este no se ha solucionado en su totalidad. La lecciones extraídas de esta experiencia muestran que los peligros pueden ser revertidos para dar paso a procesos de reconstrucción social. En efecto, los riesgos que implicaba el proyecto de construcción del Canal Tabacundo han movilizó a las cuatro organizaciones indígenas de segundo grado, ubicadas territorialmente a lo largo de la acequia, para que se organizaran en una Junta de Usuarios de Riego y consiguieran la concesión de la acequia. Por primera vez no es el Municipio de Pedro Moncayo el que administra el recurso. Las empresas florícolas, acostumbradas a obtener del Municipio cuanta agua querían, ahora tienen que convertirse en partícipes de una junta de regantes, negociando sus usos y aportes con el resto de los usuarios comunitarios en igualdad de condiciones. Los cambios sociales que acarreará esta gestión van a ser profundos y probablemente se convertirán en fuentes de nuevos conflictos que impondrán otros desafíos a las organizaciones comunitarias para la gestión del agua y a sus miembros.

En lo que respecta al régimen de derechos de agua, el análisis de la legislación histórica del país confirma la existencia de una dicotomía entre los ámbitos público y privado, que fue superada recién en el año 1972, dando paso a un enfoque dualista de la propiedad de las aguas.

Dicho enfoque se expresa en el hecho de que, si bien el agua en la actualidad es considerada un bien público, también es cierto que la vigencia y el reconocimiento de normas de derecho consuetudinario permiten la constitución de derechos de propiedad privada del agua.

En la práctica, pese a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha declarado la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los derechos privados, e incluso públicos, sobre el agua, lo que implica una prohibición expresa de que el recurso sea objeto de comercio, ha sido posible identificar diversas formas de traspaso de propiedad

de las aguas. La jurisprudencia, sin embargo, insiste en el carácter exclusivamente público de las aguas.

Durante la década de 1990 en particular se han planteado diversas propuestas legales relacionadas con el agua, entre las que resalta la planteada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en 1994, en la que se reclamaba el reconocimiento de derechos basados en los usos y costumbres, así como una mayor participación colectiva en la gestión hídrica.

Cabe señalar que ninguna propuesta normativa ha prosperado. No obstante, el reconocimiento constitucional (1998) de derechos colectivos es un hecho que muestra que el principio del manejo común de los recursos hídricos ha prevalecido en Ecuador.

### **Jequetepeque – Chamán en Perú<sup>14</sup>**

En Perú una caso emblemático es la cuenca social del río Jequetepeque-Chamán, en el norte del país, una de cuyas principales características es la alta complejidad de los usuarios y los múltiples usos del agua existentes en la cuenca, lo que muestra la diversidad de intereses y poderes que pugnan y presionan por el aprovechamiento de los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos. La cuenca nace en la sierra y llega al mar, abarcando diversidad biológica y diversidad cultural, ahí se aprecia la forma en que convergen y entran en conflicto los diversos intereses indígenas, agrícolas, ganaderos, de la gran minería, de abastecimiento de agua potable y de generación de energía eléctrica.

En la cuenca, los habitantes locales constatan la existencia de altos índices de contaminación como consecuencia del vertido de desechos mineros, agrícolas, pecuarios, agroindustriales y domésticos (sólidos y líquidos) en los ríos. La situación se ha agravado a causa de derrames ocasionales de sustancias tóxicas, de los cuales es responsable la Minera Yanacochoa<sup>15</sup>.

---

14 Chunga, Fresia ( 2007), Oré y del Castillo, Laureano (2007). Disponible en: [www.aguasustentable.org](http://www.aguasustentable.org)-

15 Cabe consignar, sin embargo, que estos no han sido evaluados científicamente.

En Jequetepeque no hay una gestión sostenible e integral del agua. La actividad minera, principalmente aurífera, está en expansión y es uno de los agentes más contaminantes de la cuenca; la agricultura bajo riego domina con mayor poder en la zona baja. La represa Gallito Ciego, río abajo, regula el agua de riego. Las centrales hidroeléctricas y las empresas cementeras, entre otras, aumentan la tensión hídrica en la cuenca, al ejercer mayor presión por el abastecimiento de agua.

El Estado impone normas regulatorias que no se cumplen, pues cada grupo vela por sus intereses y suele imponerse el de los conglomerados económicos más fuertes. Las normas consuetudinarias, por otra parte, han caído en desuso porque no responden a la nueva problemática de la gestión hídrica. La represa resuelve un problema de regulación del agua, pero rompe las relaciones sociales de reciprocidad que existían entre los usuarios de las partes altas con los regantes, quienes ya no tienen que retribuir a las fuentes. En este contexto, la represa es una solución temporal para un problema social, que puede agravarse como resultado del persistente acaparamiento del agua por parte de las empresas mineras y otros usuarios más poderosos que los tradicionales.

Las reglas consuetudinarias sustentaban un riguroso sistema de derechos de agua, cuya exigibilidad era garantizada sobre la base de severas sanciones. Este sistema tradicional fue reemplazado por un régimen tarifario, habiéndose establecido que en la fijación de las tarifas por uso del agua debían conjugarse criterios técnicos y económicos. Sin embargo, el sistema fracasó por la debilidad del aparato estatal a cargo de su implementación y por la ausencia de un ente institucional técnico especializado, a lo que se sumó la falta de legitimidad social de los órganos estatales, todo lo cual se tradujo en una insuficiente transparencia y eficacia del sistema

Costumbres como los *quinces* y las *mitas*, entre otras, son una forma de distribución del agua que concita el respeto de los comuneros. Sin embargo, muchos de los usuarios también aceptan que ya no es posible conservar un reglamento de este tipo, pues dicen que “los tiempos han cambiado”, y que es injusto e ilegal. La inequidad del sistema tradicional se manifiesta en que no garantiza el derecho de nuevos usuarios, quienes frente a la falta de acceso se ven obligados a entrar en el “negocio del agua” o a “robarla” para irrigar sus cultivos.

Por otra parte, el Estado peruano estructura e impone un modelo de gestión hídrica que no reconoce la enorme diversidad social, económica, cultural y política del país y, en particular, de la cuenca social analizada. La legislación hídrica impulsada por el Estado emplea categorías formales y abstractas que desconocen la heterogeneidad de derechos indígenas, campesinos y locales, y contradicen o tienden a arrasar la normatividad local y consuetudinaria. Sostiene que el Estado ignora que, bien canalizada y articulada, la diversidad podría fortalecer la arquitectura institucional y afianzar la gobernabilidad del agua en el país. Uno de los grandes problemas que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y nativas, conforme a lo señalado en el estudio, es la desidia estatal para aplicar sistemática y coherentemente la normatividad interna y los instrumentos internacionales que reconocen sus derechos, tomando en consideración variables económicas, políticas e ideológicas que acaban por reducir la vigencia social de los derechos formalmente consagrados a favor de las comunidades indígenas y campesinas.

En síntesis, en Jequetepeque, al igual que en la cuenca del río Loa en Chile, las plataformas estatales no han prosperado. No se dan las condiciones para la concertación; existe desigualdad y desequilibrio entre las partes y, finalmente, se enfrenta un riesgo permanente de que se imponga el interés de aquellos que tienen mayor poder.

En lo que respecta a la legislación hídrica del Perú desde la promulgación de la Ley General de Aguas (1969) se han suscitado constantes debates sobre la materia, los que lejos de prosperar han dado por resultado la ausencia de un marco normativo que recoja los cambios estructurales que han venido ocurriendo en el país.

La legislación hídrica asignó al Estado una función reguladora excesiva, lo cual llevó a una crisis en la década de 1980. Desde entonces, sin que se haya logrado cambiar la Ley de Aguas, se le ha introducido un importante número de modificaciones, que han terminado por generar una situación de desorden. Las normas positivas son desconocidas y no se aplican en vastas zonas del país, en tanto que los análisis de casos muestran que el Estado favorece la estrategia de reconocer preferentemente los derechos individuales por sobre los derechos comunales, debilitando en esta forma a la organización comunal y

---

desconociendo los derechos colectivos de las comunidades indígenas sobre las aguas.

El análisis normativo pone de relieve el hecho de que Perú ha incurrido en violaciones de sus responsabilidades internacionales y de las reglas internas al no reconocer aquellos derechos consagrados en instrumentos internacionales ratificados por el país y vigentes en el derecho interno, como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que le imponen la obligación de proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus organizaciones tradicionales.

Los estudios de caso parecen demostrar que la legislación hídrica de Perú transita por senderos aún no definidos, pero que pueden conducir a un modelo de derechos individuales impuesto desde el Estado al estilo del régimen chileno, o bien seguir la estrategia de Bolivia, expresada en la Ley de Riego, que se sustenta en el propósito de reorganizar el marco legal del agua por sectores productivos, especificando los derechos locales, campesinos e indígenas, conforme a los usos y costumbres comunitarios, lo que parece ser una alternativa más pertinente a la realidad peruana.

## CONCLUSIONES

Las investigaciones sistematizadas a través de este artículo representan que los casos del Loa y la cuenca del Jequetepeque, en Chile y Perú, respectivamente, ilustran las externalidades sociales, culturales, ambientales y económicas que conlleva la imposición de un único modelo hegemónico para la gestión hídrica, sustentado en los principios del libre mercado y dispuesto desde el Estado, en el que no se han resguardado de manera equitativa los derechos de los usuarios tradicionales.

En Tiquipaya-Colcapirhua, Bolivia, el derecho social al agua se ejerce gracias a la preservación de la comunidad territorial andina y los usos y costumbres que la sustentan. En el caso de la acequia Tabacundo, en las cuencas La Chimba-Pisque, en Ecuador, el derecho social se reconquista a partir de la construcción de un tejido social representado

en las plataformas de múltiples usuarios creadas para la gestión concertada del agua.

En lo que respecta al régimen de aguas, Chile es el único país de la región que cuenta con un marco regulatorio del agua que permite transacciones de los derechos sobre aguas superficiales y subterráneas en el marco de mercados de agua institucionalizados y que, vía la constitución de derechos de aprovechamiento gratuito, perpetuo y no condicionado, favorece la monopolización de derechos de agua. En este caso, y a pesar de que existen normas destinadas a resguardar los derechos de usuarios tradicionales, estos han sido sistemáticamente vulnerados en la práctica, favoreciéndose los usos industriales del agua por sobre los tradicionales. El problema en Perú, por otra parte, radica en la falta de un marco normativo legal que recoja los sucesivos cambios estructurales ocurridos en el país. Lo que se ha impuesto en el Perú es más bien un desorden normativo que no resguarda el acceso equitativo al recurso y que, en lo que respecta a las comunidades indígenas y campesinas, se ha caracterizado por tratar de someterlas a un modelo hegemónico creado por el Estado, que prescinde de las particularidades culturales y ambientales que determinan la gestión local de los recursos hídricos. En el caso de Ecuador, el análisis de la legislación histórica del país confirma la existencia de una dicotomía entre los ámbitos público y privado en lo que respecta a la propiedad de los recursos hídricos. El cambio en el estatus legal de los recursos hídricos hacia lo exclusivamente público se produjo recién en el año 1972, no obstante lo cual persisten mecanismos de apropiación privada vía el reconocimiento de derechos consuetudinarios, y también ciertas formas de comercialización de derechos de agua que contradicen los postulados normativos en los que se declara que el agua es un bien inalienable e imprescriptible. Sin embargo, cabe resaltar que en Ecuador abundan las experiencias locales que promueven procesos de gestión participativa del agua basados en la concertación de múltiples actores y la vigencia de sistemas colectivos fundados en usos y costumbres.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bonfil Batalla, Guillermo (1995). *Obras Escogidas de Guillermo Bonfil*, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Nacional de Antropología e Historia. Dirección General de Culturas Populares. Consejo Nacional para las Culturas y las Artes, Fideicomiso Fondo Nacional de Fomento Ejdal, Secretaría de Reforma Agraria, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D.F. 4 Tomos.
- Gelles, Paul (2004) “Etnohidrología, desarrollo y política cultural en la sierra peruana” Capítulo 2. En: Peña, Francisco (Ed) *Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI*. El Colegio de San Luis, SEMARNAT/IMTA/ WALIR, México.
- Gentes, Ingo (2004) “El Derecho Local a los recursos hídricos en la gestión ambiental regional de Chile: estudios de caso” Capítulo 3. En: Peña, Francisco (Ed) *Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI*. El Colegio de San Luis, SEMARNAT/IMTA/ WALIR, México.
- Gentes, Ingo y Nancy Yáñez (2005). *Derechos locales sobre las aguas en Chile: análisis jurídico y político para una estrategia de gestión pertinente en territorios indígenas*, WALIR - CEPAL.
- Getches, David H. (2003) *Indigenous Peoples’ Rights to Water and International Norms*, WALIR - CEPAL & Wageningen University, Wageningen /Boulder, Colorado.
- Gómez, Magdalena (2000) “Derecho Indígena y Constitucionalidad” En: Milka Castro (ed) *Actas del XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del tercer milenio*, Arica, Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Ecológicas, Comisión de Derechos Consuetudinario y Pluralismo Legal 2000 (1029 – 1050)
- Hendriks, Jan (2004) “Legislación de Aguas y Gestión de Sistemas Hídricos en la Región Andina”. Basic Document for the International WALIR Seminar on Collective Water Rights and National Legislation, October 2004, Quito, Ecuador.
- Kymlicka, Will (1996) *Ciudadanía Multicultural*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona.
- Mackay, Frugus (1999). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Federación Internacional de Derechos Humanos”, Lima.
- Martínez Cobo, José (1986 - 1987). “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986 - 1987/ 4 addendas.
- Ojeda, Lautaro (2005) “Gobernabilidad en la conservación de los recursos naturales”. Inédito. Quito, Ecuador.

- Orellana, René (octubre, 2004) “Visiones sobre Derechos de Aguas y Marco Institucional Regulatorio. Análisis de Proyectos de Ley Gubernamentales y de Propuestas Indígenas Campesinas de Ecuador, Perú y Bolivia”. Inédito. Cochabamba, Bolivia.
- Peña, Humberto, Marco, Luraschi y Soledad Valenzuela, (2004), *Agua, desarrollo y políticas públicas*, Dirección General de Aguas (DGA), CEPAL - GWP, Documento de trabajo. Santiago, Chile
- Peña, Humberto/ Solanes, Miguel, (2003), *Gobernabilidad Efectiva del Agua. Acción A través de Asociaciones en América*, Editorial Tiempo Nuevo. CEPAL - Proyecto GWP SAMTAC.
- Peña, Francisco (2004). “Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México”. Capítulo 4. En: Peña, Francisco (Ed) *Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI*, El Colegio de San Luis, SEMARNAT/ IMTA/ WALIR, México.
- Salman, Salaman M.A/ McInerney-Lankford, Siobhán (2004): *The Human Right to Water - Legal and Policy Dimensions*, Washington D.C., The World Bank.



## EXPLOTACIÓN DE LOS GEISERES DEL TATIO; SITIO PATRIMONIAL DE LAS COMUNIDADES DE TOCONCE Y CASPANA

*LORENA YERE Y ROSA RAMOS<sup>1</sup>*

Las comunidad Lickanantay de Toconce y Caspana están ubicadas en la Segunda Región, en el desierto de Atacama.

Los géiseres del Tatio son un complejo turístico nuevo, que comenzamos años atrás por una gestión de la CONADI, para obtener la concesión de este sitio. En la construcción del complejo hubo harta inversión de las comunidades, principalmente en mano de obra, ya que en Toconce y Caspana hay poca gente y también contamos con pocos recursos. Entonces, toda la gente puso su mano de obra para construir este lugar ya que todos consideramos que es nuestro, siempre ha sido nuestro y teníamos que manejarlo.

Gracias al Tatio hemos tenido la posibilidad de salir al mundo como comunidades indígenas. Nos han conocido muchos visitantes que llegan a San Pedro de Atacama. Además, estamos logrando manejar nuestros propios recursos, hacer ayuda social para el beneficio de nuestro pueblo y unirnos entre comunidades.

Durante la inauguración de la casa administración hubo un baile de la gente de Toconce y una presentación de la gente de Caspana, para mostrar nuestras costumbres y quienes somos. Hubo un carnaval, que

---

<sup>1</sup> Representante Sociedad Administradora Geiser del Tatio integrada por las Comunidades Lickanantay de Toconce y Caspana

representa para nosotros una costumbre ancestral de pago a la tierra, con hojas de coca, el pago a la Pachamama.

En la casa de administración tenemos oficina, sala de primeros auxilios y un lugar que ofrecemos para dormir. Esto lo hemos conseguido en pocos meses. Además, estamos trabajando en el lugar, conservándolo, preservándolo y limpiándolo.

Para las comunidades indígenas que estamos trabajando en este sitio, esto significa mucho. Nosotros somos comunidades que recién estamos insertándonos en el turismo, en una región, la región de Antofagasta, que es el segundo destino turístico de Chile. Entonces, junto con las comunidades que están cerca de San Pedro de Atacama, porque nosotros estamos del lado del Alto Loa, en la provincia de Calama, ha sido un despertar, tanto para nuestra gente como para nuestro pueblo.

La concesión que se nos otorgó para la administración de este sitio es una demanda ancestral que celebramos; pero ahora se nos informa que existe una concesión para explotar energía geotérmica en este lugar.

Nosotros dijimos “*¿pero cómo?, todo lo que estamos haciendo, lo que estamos invirtiendo, lo que vamos a desarrollar, nosotros estamos para cuidar y para proteger este sitio, ¿cómo nos quieren hacer esto?*”.

Nosotros no tenemos la certeza sobre lo que va a ocurrir si se llega a explotar esta energía. Nos damos cuenta que quizás va a ser igual que Pascua Lama, igual que como pasó en Ralco, ¿vamos a llegar a lo mismo? Entonces, esto ha provocado miedo de la comunidad.

Pensamos que con el apoyo conjunto de la gente y de las ONGs, podemos salir al mundo a mostrar quiénes somos y conseguir apoyo para defender nuestro tierra y nuestra agua.

La historia del Tatio se remonta a varios años, donde igual quisieron explotar la energía geotérmica, en el desierto de Atacama.

En el año 1962 se creó la Sociedad Geotérmica del Tatio, resultado de un convenio entre el gobierno de Chile y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la CORFO. En ese tiempo se intentó explotar la energía geotérmica, se hicieron muchas instalaciones y

hubo mucho daño. Esto provocó que una parte del cerro se quemara y nunca más existiera vegetación. Es un daño ambiental y ecológico muy grave que se puede evidenciar hasta hoy.

Lo que queremos, como comunidades indígenas, es seguir trabajando en el turismo. Llegan entre 5 mil y 6 mil turistas mensualmente, principalmente extranjeros. Esto significa un beneficio social y económico para las comunidades. Le hemos demostrado al gobierno y a los servicios públicos que tenemos las capacidades para poder administrar nuestros sitios

Hemos visto imágenes de las plantas de energía geotérmica de Nueva Zelanda, hemos visto como se explota, y no queremos esto para el Tatio.

Desde nuestra visión indígena, somos gente de la tierra, tenemos que cuidar y proteger a nuestra madre tierra, es lo único que nos interesa. Los Atacameños tenemos una cosmovisión sobre los cerros, creemos que de los cerros nace el agua que alimenta y que produce para nuestras tierras.

Aparte de la visión de las comunidades, de nuestra administración, hay otra gente que colabora con nosotros en turismo. El turismo en San Pedro de Atacama es grande y también afecta a otros sectores, como es el sector privado, que igual ha hecho de San Pedro de Atacama su fuente de recursos propios. Yo hablo de parte de las comunidades que esperan la ayuda de la gente que sabe, porque de verdad nosotros no queremos que nos pase lo que le ha pasado a otras comunidades. Nosotros, como comunidades indígenas, tenemos que salir adelante, luchar para que no vuelva a pasar esto, y que nos unamos, es lo único que les puedo pedir.

Gracias.

Mi nombre es Rosa Ramos. Yo quiero complementar lo que ha dicho mi compañera Lorena, para profundizar en el tema de la geotérmica del norte.

Soy de la comunidad de Machuca, que colinda con las comunidades de Toconce y Caspana, estas comunidades son de tres municipios diferentes, Municipio de Ollagüe, Municipio de Calama y el Municipio de San Pedro.

La explotación geotérmica en el norte está constituida principalmente por tres empresas, ENAP, Codelco y ENEL, que es una empresa italiana. En los tres municipios que nombré, estas empresas harán perforaciones de 2 mil metros de profundidad para sacar la energía geotérmica y producir electricidad para las mineras. Es decir, los pueblos que están más cerca que las mineras ni siquiera están consideradas; además no se consideran medidas de mitigación ni de compensación para ellas, producto de los impactos de la explotación.

Lamentablemente este proyecto es antiguo. En él están involucrados los servicios públicos, como la CONADI y los tres municipios que en el año 2001 aprobaron esta concesión. Cuando nos enteramos de este asunto empezamos a movernos, a movilizarnos, a buscar contactos. Porque yo, además de ser dirigente, soy una persona que respeta el patrimonio; y el hecho de trabajar en turismo me permite viajar dentro de nuestro territorio y conocer la realidad de todos los pueblos.

Estuvimos en Pascua Lama, con las organizaciones locales; estuvimos buscando mucha información en Nueva Zelanda, Finlandia, EE.UU., para demostrar que efectivamente al alterar los géiseres del Tatio se generaría un impacto negativo.

No es justo que se les entregara a las comunidades de Toconce y Caspana una concesión de cinco años, siendo que en el año 2001 el Estado entregó una concesión por más de 20 años a la empresa Geotérmica del Norte, y que por el solo ministerio de la ley ellos tengan los derechos de agua.

Es decir, aquí hay dos cosas: una, es que está comprobado que en el año 60, cuando se hizo el proyecto de la CORFO y efectivamente se produjo energía, 45 o 50 megawatts, era insuficiente para una minera, pues se requiere de mucha energía para sus faenas; otra, es que se requieren cerca de dos años para instalar unas plantas enormes para la producción de energía geotérmica, lo que conlleva un gran impacto ambiental, dado que la biodiversidad es muy frágil en esa área. Además, hay que considerar que esa área está protegida y forma parte del Área de Desarrollo Indígena, ADI.

Entonces el gobierno, la COREMA y la CONAMA, están decidiendo qué hacer y nosotros como comunidades tenemos la misión de hacer

hacer público esto. En de San Pedro generamos mucho movimiento y tratamos de difundirlo lo más que pudimos, hicimos protestas, llamamos a canales italianos, salimos en revistas, y gracias a eso es que recién la empresa Geotérmica del Norte se hizo presente en San Pedro de Atacama para exponernos su proyecto. A nuestro parecer este es un proyecto super básico, y creemos que ellos no cuentan lo que efectivamente quieren hacer.

Creemos que es muy injusto que se tome un lugar patrimonial, que no es solamente de las comunidades que tienen la concesión sino de todos los chilenos. No es justo que Chile lo venda al extranjero como uno de los puntos turísticos más atractivos de su territorio siendo que por otro lado lo quiere explotar.

El turismo para las comunidades indígenas es bueno, pero también nos falta mucha capacitación, nos falta tener más visión con respecto al futuro, que cosas transar, que cosas mostrar, cómo podemos protegerlas, cómo podemos hacer redes para hacer público lo que está ocurriendo y buscar instancias de apoyo. Nosotros hicimos movilizaciones, y CONADI viene y le dice a las comunidades de Caspana y Toconce que por ningún motivo participen en este movimiento porque les puede resultar negativo.

Yo llamo a las comunidades a que suelten esa '*mamadera*' y sean capaces de ser autosuficientes. Con los recursos, aparte de mejorar su calidad de vida, debieran asesorarse para invertir y lograr, ojalá, tener el título del lugar y no solamente la concesión, solo así se tendrían los derechos de agua y se podría demandar a Geotérmica del Norte.

Está el apoyo de todas las comunidades de San Pedro de Atacama e incluso de los privados, pero tiene que nacer la fuerza desde las propias comunidades afectadas. Creemos que lo vamos a lograr, aunque el tiempo avanza muy rápido y necesitamos actuar lo más pronto posible, porque sabemos como son las empresas y que también está involucrado el gobierno.

Muchas gracias.





