

1

Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Chile



FORD
FOUNDATION

*Esta cartilla cuenta con el apoyo de Fundación Ford.
Su contenido es de exclusiva responsabilidad de sus autores.*



OBSERVATORIO
CIUDADANO

2 0 1 8

1. Introducción

Durante las últimas cuatro décadas, y como consecuencia de la emergencia y articulación de movimientos de pueblos indígenas a nivel nacional, continental e internacional, los derechos de esos pueblos se han configurado como un componente importante del derecho estatal e internacional de los derechos humanos, generando un nuevo escenario jurídico y político en relación a ellos.

A nivel internacional, el instrumento jurídico vinculante más completo en materia de protección de los pueblos indígenas es el **Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes**, tratado internacional sobre derechos humanos específicos de dichos pueblos.

Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio N°169 surge del reconocimiento y preocupación a nivel internacional por el hecho de que los pueblos indígenas de todo el mundo han sufrido injusticias históricas como resultado de la colonización y desposesión de sus territorios y recursos de ocupación y uso ancestral, lo que les ha impedido gozar de sus derechos humanos básicos en igualdad de condiciones. Además, lo anterior ha imposibilitado y obstaculizado tanto el mantenimiento y fortalecimiento de sus instituciones, culturas y tradiciones como la promoción de su desarrollo de acuerdo con sus propias aspiraciones. El Convenio N°169 se fundamenta en la idea de que la diversidad cultural es un valor que debe ser protegido y promovido. Por ello, este instrumento consagra una serie de derechos atribuidos a los pueblos indígenas en su condición específica de sujetos colectivos.

El Convenio N°169 otorga especial importancia a tres cuestiones muy relacionadas entre sí:

- Reconocimiento y protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ya que esos pueblos mantienen una relación estrecha con su hábitat y de él depende su supervivencia cultural y material.
- Reconocimiento de ciertos ámbitos de autonomía y de los sistemas jurídicos e instituciones propias de los pueblos indígenas.
- Establecimiento de derechos procedimentales de carácter participativo, obligatorios e incidentes, los que se concretan a través de la consulta y participación indígena.

Con la adopción de la **Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)** el año 2007, el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas se vio reafirmado.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

La DNUDPI establece en su artículo 1° que:

“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”.

Más recientemente, el año 2016, la Asamblea General de la Organización de Los Estados Americanos aprobó la **Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)**, siguiendo la misma línea que la DNUDPI.

2. ¿Quiénes son los Pueblos Indígenas?

A nivel internacional existe consenso en que una definición formal de pueblos indígenas y tribales podría ser restrictiva, debido a que existe una gran diversidad de esos grupos humanos en las Américas y en el resto del mundo. Sin embargo, el derecho internacional proporciona algunos criterios útiles para la identificación de los pueblos indígenas y de los tribales:

Pueblos Indígenas según Convenio N°169: Colectivos de personas que descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella” (artículo 1.1 literal b)).

Pueblos Tribales según Convenio N°169: Grupos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (artículo 1.1 literal b)).

Además, el Convenio N°169 de la OIT establece en su artículo 1.2 que la **autoidentificación colectiva e individual** es un criterio fundamental para determinar la condición indígena o tribal de un grupo o individuo. Se trata de un criterio que deriva de la autonomía reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos a dichos pueblos.

La importancia de la autoidentificación individual y colectiva como criterio principal para determinar la condición indígena o tribal de un grupo o individuo, ha sido confirmada y reconocida de manera expresa tanto en la DNUDPI como en la DADPI:

DNUDPI: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”, lo que “no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven” (artículo 33.1).

DADPI: “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración”, [debiendo los Estados respetar] el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena” (artículo I.2).

Como es posible apreciar, entre los elementos para la **identificación de un pueblo indígena o tribal en el derecho internacional de los derechos humanos** encontramos algunos **elementos objetivos y elementos subjetivos**:

	Elementos objetivos	Elementos subjetivos
Pueblos Indígenas	(i) Continuidad histórica con grupos anteriores a la conquista o colonización, que determina su preexistencia a los Estados. (ii) Conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región. (iii) Existencia, en todo o en parte, de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas.	Autoidentificación colectiva e individual
Pueblos Tribales	(i) Cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional (por ejemplo en sus formas de vida, sustento, lengua, etc.). (ii) Tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial.	

3. Los pueblos indígenas en el mundo

De acuerdo a la OIT, los pueblos indígenas y tribales constituyen al menos 5.000 pueblos con características distintivas y una **población de más de 370 millones a lo largo de 70 países diferentes**. A nivel americano, se estima que existen alrededor de 400 grupos indígenas que representan entre 40 y 50 millones de personas. La información disponible sobre estos pueblos indica que sufren pobreza, mortalidad infantil y materna, menores ingresos, bajas tasas de escolaridad, baja esperanza de vida y acceso limitado a la salubridad y al agua potable.

En un informe reciente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) abordó por primera vez la situación de pobreza en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y los obstáculos que genera esa condición para el goce efectivo de los derechos humanos. En el documento, la CIDH observó que, a pesar de que América Latina ha visto un crecimiento económico acelerado y una reducción de sus tasas de pobreza y de pobreza extrema en la década de 2000, esta reducción no se ha distribuido de manera equitativa, afectando de manera desproporcionada a los pueblos indígenas.

La CIDH (2007) ha enfatizado en que **existe una íntima relación entre la situación de precariedad en la que viven los pueblos indígenas y las violaciones de sus derechos a la libre determinación, la tierra y los recursos presentes en sus territorios**. Producto del desarrollo de actividades extractivas o de desarrollo en varios países de América Latina, muchos pueblos indígenas han sido expulsados de sus tierras o paulatinamente privados del control de sus territorios, viéndose obligados a vivir en situación de pobreza a los costados de las carreteras o en las ciudades, donde carecen de las condiciones mínimas para una vida digna.

4. Pueblos Indígenas en Chile

En Chile existen en la actualidad nueve pueblos indígenas reconocidos legalmente como “etnias”¹ en la **Ley N° 19.253 de 1993, que “establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas”**, conocida como **Ley Indígena**.

Antes del año 1992, no se contaba con información demográfica oficial sobre los pueblos indígenas en Chile, ya que solo ese año se incorporó por primera vez en el censo de población una pregunta para identificar a la población indígena. Sin embargo, la pregunta del censo de 1992 –basada en un criterio de autoidentificación– solo incluyó a los pueblos mapuche, aymara y rapa nui, además de la opción “ninguna de los anteriores” para aquellos indígenas que no pertenecían a alguno de los pueblos de las opciones anteriores, lo que provocó que muchas personas indígenas no pudieran responder la pregunta de manera adecuada y certera. A pesar de esto, 998.385 personas de un total de 13.348.401 declararon identificarse como indígenas, lo que correspondió a un 7,47% de la población nacional.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), el total de población que se autoidentificó como indígena en el reciente Censo abreviado de 2017 alcanzó a 2.185.792, equivalente al 12.8% de la población total del país (17.574.003 personas).

De acuerdo al mismo censo, la población indígena más numerosa es la Mapuche (1.7 millones con el 79.8 % del total), siguiéndole la Aymara (156 mil con el 7.2% del total) y la Diaguita (88 mil con el 4.1% del total).

¹ La Ley reconoció inicialmente como etnias a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Atacameños, Quechuas, Collas, Kawashkar y Yagán. Más tarde, en 2006, “reconoce la existencia y atributos de la etnia diaguita y la calidad de indígena diaguita” (Ley N° 20.117).

Otro instrumento estadístico oficial en Chile, la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Encuesta Casen), ha permitido constatar la situación de pobreza de la población indígena en el país. Así la Encuesta Casen 2013 indicaba que el 23,4% del total vivía en situación de pobreza por ingresos, mientras que para la población no indígena el porcentaje era solo un 13,5%. A su vez, la Encuesta Casen 2015 demostró que un 18,3% de la población indígena vivía en situación de pobreza por ingresos, en comparación al 11,0% de la población no indígena. Respecto a la pobreza multidimensional, la versión 2013 de la encuesta mostraba que el 31,2% de la población indígena de Chile vivía en esa situación, en comparación al 19,3% de la población no indígena. Indicando una disminución, la versión 2015 de la Encuesta Casen arrojó que el 30,8% de la población indígena vivía para entonces en situación de pobreza multidimensional, mientras que la cifra para la población no indígena era de un 19,9%.

5. Marco jurídico aplicable a los Pueblos Indígenas

La **Constitución Política de la República de Chile (CPR)** aprobada en 1980, durante la dictadura cívico militar, ***no contiene normas que reconozcan la existencia de pueblos indígenas y sus derechos***, a pesar de que ha sido modificada en múltiples ocasiones. Sin embargo, ***se debe considerar que las normas de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes complementan a la CPR***, de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la CPR:

Artículo 5º de la Constitución Política de la República de Chile (CPR)

El artículo 5º de la CPR reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En base a ello, establece que es deber del Estado respetar y promover los derechos garantizados en el texto constitucional y en “[...] los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Así, el artículo 5º de la CPR dispone que el derecho internacional de derechos humanos, incorporado al derecho doméstico a través de su ratificación, es un cuerpo jurídico vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno, que constituye un límite material que irradia a todo el ordenamiento jurídico. Esto ha sido confirmado por los máximos tribunales de justicia del país, tales como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de Chile, quien incluso ha hecho extensiva dicha incorporación a los dictámenes y pronunciamientos de los órganos de control de tratados, ya que son intérpretes oficiales de dichos instrumentos.

El único tratado internacional sobre derechos humanos que aborda de manera específica los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio N°169 de la OIT, ratificado por Chile y que se encuentra vigente. Aunque los organismos de control de tratados no abordan de manera concreta los derechos de los pueblos indígenas, han desarrollado una jurisprudencia relevante que ha recogido progresivamente sus derechos. Este es el caso del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)** de 1966; el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)** de 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) de 1965; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) de 1965; entre otros. Todos estos instrumentos internacionales corresponden a tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y se encuentran vigentes, por lo que tanto sus disposiciones como las interpretaciones oficiales que realizan sus respectivos organismos de control se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son vinculantes.

a) Principios generales: Deber del Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas y adoptar medidas especiales de salvaguarda

La Ley N° 19.253 y el Convenio N°169 consagran el deber general del Estado de proteger, respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas por medio de la adopción de medidas especiales de salvaguarda. Sin embargo, el Convenio N°169 es enfático al señalar que todas las acciones para materializar la protección, respeto y promoción de esos derechos deben llevarse a cabo “con la participación de los pueblos interesados” y por medio de **“una acción coordinada y sistemática”, y que las medidas de salvaguarda adoptadas no deben ser “contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.**

Deber de proteger y adoptar medidas especiales de salvaguarda	Ley N° 19.253	Convenio N°169 de la OIT
	Artículo 1°, inciso 3°: “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.	Artículo 2°: “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”. Artículo 4°: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

c) Derecho a la tierra, territorios y a los recursos naturales

Aunque a simple vista pareciera que la Ley N° 19.253 reconoce la relación especial que los pueblos indígenas mantienen con su territorio, dicho reconocimiento se reduce solo a la “tierra”, término que tiene un significado restringido y que no incorpora el concepto de **territorialidad** recogido en el Convenio N°169, y que abarca **la totalidad del “hábitat” utilizado u ocupado por los pueblos indígenas de una u otra manera, lo que incluye, además de la tierra, otros recursos y bienes naturales comunes de uso ancestral.**

Reconocimiento de la importancia de tierras o territorios para los pueblos indígenas	Ley N° 19.253	Convenio N°169 de la OIT
	Artículo 1°, inciso 1°: “El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”.	Artículo 13.1: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

La Corte IDH ha sostenido que la relación única de los pueblos indígenas con su territorio tradicional puede manifestarse de maneras diversas, dependiendo del pueblo indígena del que se trate y de su contexto particular. Esta relación puede incluir el uso o presencia tradicional dado por una conexión espiritual o ceremonial; la existencia de asentamientos o cultivos esporádicos; la práctica de la caza, pesca o recolección estacional o nómada; utilización de

recursos naturales que tienen relación con sus costumbres; y cualquier otro elemento propio y/o característico de su cultura.

Además, tanto la Corte IDH como la CIDH han concluido que los instrumentos interamericanos de derechos humanos protegen el **derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. En consecuencia, los Estados tienen la obligación de proteger los territorios indígenas y la relación entre éstos y los pueblos indígenas o tribales, para así permitir el ejercicio de su vida espiritual y otros derechos humanos fundamentales.**

	Ley N° 19.253	Convenio N°169 de la OIT
Definición de “tierras” o “territorios” de pueblos indígenas	Artículo 12: “Son tierras indígenas: 1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823. b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores. d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación. 2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad. 3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia. 4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales”.	Artículo 13.2: “La utilización del término “tierras” [...] deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Como es posible apreciar en la tabla, **la conceptualización legal del término de “tierras indígenas” de la Ley N° 19.253 no se ajusta al concepto contenido en el Convenio N°169, que incluye además del de “tierras” el de “territorios”** y precisa que los elementos que determinan dicha condición de una región son la ocupación y uso tradicional que los pueblos indígenas hagan de estos. El artículo 14.1 del Convenio N°169 determina que **los patrones de ocupación y utilización tradicional de la tierra y el territorio por parte de los pueblos indígenas sean el fundamento de sus derechos de propiedad (o posesión) y uso, respectivamente.**

De acuerdo al Convenio N°169, el Estado está obligado a:

- 1. Demarcar y titular las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente (artículo 14.2).***
- 2. Brindar protección efectiva y seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra de los pueblos indígenas (artículo 14.2).***
- 3. Instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14.3),*** lo que significa que el derecho de propiedad de estos pueblos no sólo se refiere a aquellas tierras ocupadas actualmente por los indígenas, sino que también a aquellas tierras que tradicionalmente han ocupado, pero que han perdido o de las que han sido desplazados.

Ahora bien, ***los mecanismos que el Estado ha utilizado desde 1993 ampliar las tierras de los pueblos indígenas y solucionar sus reivindicaciones, son los que ofrece la Ley N° 19.253.*** La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) es el órgano responsable de la política de tierras indígenas y tiene a su cargo un Registro Público, el que está integrado por aquellas tierras que son reconocidas como tal por el Estado. Los mecanismos contemplados en la Ley N° 19.253 funcionan por medio de la compraventa de tierras en el mercado a través del “Fondo de Tierras y Aguas Indígenas” que administra la CONADI.

La política de tierras indígenas llevada a cabo a través del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas cuenta con dos instrumentos fundamentales orientados a garantizar el acceso, ampliación y restitución de tierras en conflicto:

- ***El primero de ellos es el otorgamiento de subsidios dirigidos a personas o comunidades indígenas a través a un aporte estatal directo,*** sin cargo de restitución, destinado a la adquisición de tierras (Art. 20 letra A de la Ley N° 19.253). Se accede al mismo mediante un sistema de postulación, siendo 20 millones de pesos el monto máximo al que asciende este subsidio. Si bien a través de este otorgamiento de subsidios y el saneamiento de tierras a favor de los indígenas se ha podido revertir la tendencia histórica a la disminución de las tierras indígenas, la cobertura de los programas públicos de tierra es insuficiente en relación con las necesidades de tierras indígenas y se ha concentrado en territorio mapuche.
- ***El segundo de los instrumentos corresponde a un mecanismo orientado a solucionar, total o parcialmente, conflictos por la propiedad de la tierra entre un particular y comunidades indígenas, en casos en que los derechos de propiedad indígena fueron reconocidos previamente por el Estado*** (artículo 20 letra b) de la Ley N° 19.253).

El segundo mecanismo ha presentado básicamente dos problemas:

- En primer lugar, la exigencia de que las tierras en conflicto provengan de algún título previamente reconocido por el Estado restringe la posibilidad de que los pueblos indígenas reivindiquen tierras de ocupación tradicional sobre las que el Estado no ha otorgado anteriormente un título de propiedad a favor de alguna comunidad indígena. Esto contrasta con el estándar internacional desarrollado en esta materia.
- En segundo lugar, dado que el mecanismo utiliza la adquisición en el mercado de las tierras en conflicto, por medio de su compraventa, en la práctica se ha mostrado extremadamente lento e ineficiente para solucionar las reivindicaciones formuladas por los pueblos indígenas. Esto, como consecuencia, fundamentalmente, de la insuficiencia de los recursos destinados a CONADI para estos efectos y la incapacidad de que el Estado adquiera las tierras sin la voluntad de sus actuales propietarios legales, al mismo tiempo que ha favorecido prácticas especulativas.

En cuanto al territorio, el Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, lo que incluye su derecho a usar, administrar y conservar dichos recursos, de acuerdo a sus propios sistemas de tenencia y costumbres tradicionales. Asimismo, se establece que, en caso de que pertenezca al Estado la propiedad sobre los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas, los gobiernos tienen el deber de establecer procedimientos para consultar a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos, al mismo tiempo que deben garantizar los derechos de estos pueblos a participar en los beneficios que reporten tales actividades y a percibir una indemnización justa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Se trata de derechos fundamentales que los Estados tienen el deber de proteger y respetar, para la estabilidad y mantención de los sistemas productivos de los pueblos indígenas, y que se basan en la utilización de su territorio y son esenciales para el bienestar individual y colectivo, así como la reproducción cultural y social de dichos pueblos.

	Ordenamiento Jurídico Interno	Convenio N°169 de la OIT
Derechos sobre los recursos naturales	Derechos sobre las aguas para los pueblos indígenas en general en la Ley N° 19.253	Artículo 15.1:
	El “Fondo para Tierras y Aguas Indígenas” creado por el art. 20 de la Ley permite, entre otras cosas: “c) Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso”.	“1. Los derechos de los pueblos interesados 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.
	Derechos sobre las aguas para los pueblos indígenas del norte (aymara, likanantai, quechua, colla y diaguita) en la Ley 19.253	2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.
	“Artículo 64.- Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimas 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. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.	
	Ley N° 20.249, que “crea el espacio costero marino de pueblos originarios”	
	La Ley N° 20.249 creó el denominado “espacio costero marino de pueblos originarios”, cuyo objetivo es resguardar el uso consuetudinario de los pueblos indígenas vinculados al borde costero, a fin de mantener sus tradiciones y el uso de los recursos naturales que ahí hacen. Tal como se señala en el art. 6° de la Ley, “[e]l espacio costero marino de pueblos originarios deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante”, entendiéndose por “uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura”.	

Sin embargo, el Estado de Chile no ha adoptado medidas administrativas y legislativas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales de uso y ocupación ancestral en las regulaciones sectoriales. La presión por la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas va en aumento y la evidencia empírica muestra que el Estado, lejos de controlar la demanda, ha favorecido el otorgamiento indiscriminado de concesiones a empresas nacionales y transnacionales para la explotación industrial de recursos

naturales presentes en territorios de pueblos indígenas (aguas, yacimientos mineros, fuentes de energía geotérmica e hidráulica, recursos del mar y otros recursos naturales).

Las leyes en base a las cuales se estructura la industria extractiva de recursos naturales en Chile son, fundamentalmente, el **Código de Aguas** y sus modificaciones; el **Código de Minería** y la **Ley 18.097 de 1982 sobre Concesiones**; la **Ley de Pesca y Acuicultura de 1981** y sus modificaciones; la **Ley 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales**; el **Decreto Ley 701 de Fomento Forestal** y sus modificaciones; la **Ley 20.283 de Bosque Nativo de 2008**, y la **Ley 19.657 del año 2000 sobre Concesiones Geotérmicas**.

Esta regulación de los recursos naturales colisiona con los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico interno considera para garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales de uso y ocupación tradicional. El artículo 64° de la Ley N° 19.253 dispone la protección especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país, considerando la importancia cultural de las aguas para esos pueblos y la escasez hídrica en su hábitat ancestral, lo que ha permitido fundar la regularización de las aguas de las comunidades andinas del norte del país. La misma ley, además, contempla normas especiales para la constitución del derecho sobre el agua en favor de las comunidades que pertenecen a los pueblos indígenas del norte, disponiendo que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas las aguas que se encuentren en sus terrenos, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. La ley establece que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiéndose, en ese caso, garantizar y priorizar el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas.

A fin de implementar esta normativa y hacer efectivos los derechos, la ley encomienda a la CONADI y a la Dirección General de Aguas el establecimiento de un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte (artículo 3° transitorio).

c) Derechos políticos

El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades en materia de desarrollo en el Convenio N°169 de la OIT se concreta, especialmente, en los derechos de participación, consulta, a que se obtenga su consentimiento en determinados casos, así como en los derechos de autonomía y autogobierno. En lo que dice relación con los derechos de consulta y participación, el Convenio N°169 introdujo disposiciones relativas a estos derechos para proveer mecanismos concretos y efectivos para que los pueblos indígenas participen plenamente en la adopción de decisiones que pudieran afectarles.

El uso ancestral de las aguas se articula con la cosmovisión, el manejo del recurso y la actividad social y económica de las comunidades, esto es, con el aprovechamiento histórico y actual de las aguas. Pese a las múltiples negativas de las instituciones del Estado de reconocer este derecho ancestral, las comunidades indígenas del norte han podido proteger, gracias a su reconocimiento legal, sus aguas, y enfrentan actualmente las amenazas que entrañan las demandas extractivas y la explotación de los recursos hídricos existentes en sus territorios ancestrales por parte de empresas, industrias, ciudades y pueblos.

Otra situación excepcional de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales se da en el caso de aquellos pueblos que mantienen sistemas de vida y culturas que dependen de los recursos presentes en el borde costero. En efecto, como resultado de un largo proceso organizativo y reivindicativo liderado por los mapuche lafkenche, en 2008 se aprobó la **Ley N° 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios**

(ECMPO). Esta ley confiere la administración de espacios costeros marinos a asociaciones de comunidades indígenas que invocan el uso consuetudinario y, excepcionalmente, a una comunidad indígena si solo ella ha ejercido este tipo de uso. El mecanismo legal por medio del cual se reconoce el territorio marítimo originario es por medio de un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca y la asociación de comunidades o comunidad asignataria. El objetivo es resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. Sin embargo, previo a la destinación a las comunidades o asociaciones titulares de los derechos, dicho espacio costero marino de pueblos originarios es entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca, entidad a la que le corresponde finalmente suscribir el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria.

Sin perjuicio de lo anterior, los amplios márgenes de discrecionalidad que se le entregan a las entidades administrativas a cargo de la destinación de estos espacios, han provocado que en la práctica la **Ley N° 20.249** tenga una aplicación reducida.

Derecho de participación	Ley N° 19.253	Convenio N°169 de la OIT
	Participación indígena	Participación en los planes y programas de desarrollo nacional y regional
	“Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios”.	Art. 7.1, frase final: “Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.
	Participación en la dirección superior de CONADI	Participación en instituciones electivas y organismos administrativos
	Art. 41 relativo a la dirección superior de la CONADI, señala que ésta estará a cargo de un Consejo Nacional integrado por los siguientes miembros: “a) El Director Nacional de la Corporación, nombrado por el Presidente de la República, quien lo presidirá; b) Los Subsecretarios o su representante, especialmente nombrados para el efecto, de cada uno de los siguientes Ministerios: Secretaría General de Gobierno, de Planificación y Cooperación, de Agricultura, de Educación y de Bienes Nacionales; c) Tres consejeros designados por el Presidente de la República; d) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Estos serán designados, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la República, conforme al reglamento que se dicte al efecto. Los consejeros a que se refieren las letras a), b) y c) se mantendrán en sus cargos mientras cuenten con la confianza de la autoridad que los designó y, los de la letra d), durarán cuatro años a contar de la fecha de publicación del decreto de nombramiento, pudiendo ser reelegidos”.	Art. 6.1 b): “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: [...] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

Junto al Convenio N°169, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados se incluye en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 27 y 32, entre otros artículos), así como también en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo XXIII). El objetivo de la consulta es garantizar de manera

efectiva los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En este sentido, la CIDH ha señalado que, si bien es fundamental que los procesos de consulta se realicen respetando las garantías procesales y de fondo, se debe asegurar también el respeto y garantía de los demás derechos que pueden verse afectados.

Derecho de consulta	Convenio 169 de la OIT	Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 No 1 Letra a) y No 2 del Convenio No 169 de la OIT (Decreto Supremo N° 66/2013, Ministerio de Desarrollo Social)
	Artículo 6: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.	Artículo 1°: “Objeto del reglamento. El presente reglamento tiene por objeto dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento por parte de los órganos señalados en el artículo 4° del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6 N° 1 letra a) y N° 2 del convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por el decreto supremo N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, los tratados internacionales ratificados por Chile que versen sobre la materia que se encuentran vigentes y de conformidad a la Constitución Política de la República de Chile”.

En el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado las **garantías mínimas del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, estableciéndose que:**

- i) La obligación de consultar es responsabilidad del Estado y, por ende, no puede ser delegada a las empresas.** La consulta es una obligación cuya implementación es de exclusiva responsabilidad de los Estados. Así se desprende de forma clara del artículo 6.1 del Convenio N°169 de la OIT. Asimismo, tanto la CIDH como la Corte IDH han sido enfáticas en señalar que la planificación y realización de los procesos de consulta no pueden delegarse a empresas privadas o a terceros, mucho menos a la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. De esta manera, la CIDH ha sostenido que no debe confundirse los procesos de “socialización” temprana que hacen las empresas interesadas o terceros con los pueblos indígenas sobre proyectos determinados con los procesos de consulta que deben de ser realizados por los Estados.
- ii) La consulta debe ser previa.** Las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental.
- iii) La consulta debe ser libre y llevarse a cabo de buena fe.** Las exigencias de que las consultas sean libres y se lleven a cabo de buena fe se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. El hecho de que la consulta sea libre significa que se debe llevar a cabo sin manipulación, intimidación o coerción. A su vez, que la consulta se realice de buena fe implica que ésta no debe ser entendida solo como un trámite formal que el Estado debe cumplir, sino que debe ser “un verdadero instrumento de participación” y responder al objetivo de establecer “un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.
- iv) La consulta debe ser informada.** Los pueblos indígenas deben contar con toda la información sobre la medida que se les consulta. En el caso de los proyectos o planes de

inversión en los territorios de los pueblos indígenas esto implica que los pueblos interesados deben conocer con suficiente anticipación cuáles son los posibles riesgos y daños que implicaría el plan de desarrollo o inversión propuesto.

v) La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.

El Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus propias costumbres y tradiciones, tomando en cuenta los métodos tradicionales de esos pueblos para la toma de decisiones. Por otra parte, con respecto a la exigencia de que las consultas se realicen a través de instituciones representativas indígenas, los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible, dada la diversidad de pueblos indígenas. Así, cada pueblo indígena tomará la decisión de cuál institución propia es la representativa, siendo una decisión interna y autónoma de cada pueblo.

vi) La consulta se debe realizar con el objeto de lograr un acuerdo u obtener el consentimiento, salvo que el consentimiento sea requisito esencial.

Las consultas no son procedimientos meramente formales y tienen un objetivo sustantivo: lograr un acuerdo u obtener el consentimiento respecto a las medidas propuestas en un contexto de diálogo intercultural. Si bien los organismos de la OIT han sostenido que la finalidad de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es solo un propósito inicial que no invalida el proceso de consulta si es que éste no se consigue, al mismo tiempo han señalado que, conforme al principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos, recogido expresamente en el artículo 35 del Convenio N°169:

“[...] debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad”.

En los casos que involucran traslado o reubicación (artículo 16 Convenio N° 169 de la OIT), almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (artículo 29.2 DNUDPI), y cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio del pueblo o comunidad indígena o tribales los que, a la luz del derecho internacional (Corte IDH, *Saramaka vs Surinam*), los Estados tienen la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, tales como.

d) Derechos ambientales

Una de las innovaciones del Convenio N°169 de la OIT es la incorporación de derechos ambientales de los pueblos indígenas, que consideran estándares precisos para la protección del medio ambiente de los territorios de esos pueblos, tal como se aprecia en la tabla a continuación:

Derecho al medio ambiente	
Ley Nº 19.253 Art. 1, inc. 3º: “Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”. Artículo 26: “El Ministerio de Planificación y Cooperación, a propuesta de la Corporación, podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán 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. Para su establecimiento deberán concurrir 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 esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna”.	Ley Nº 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA); D.S. Nº 40/2013, Ministerio del Medio Ambiente (Reglamento del SEIA) Artículo 4 inc. 2º LBGMA: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Artículo 11 LBGMA en relación con los artículos 5 a 7 del reglamento SEIA: Los proyectos que ingresan al SEIA, enumerados en el artículo 10 de la Ley Nº 19.300 (en relación con el artículo 3 del Reglamento SEIA), deberán presentar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) cuando: a) genere o presente riesgo para la salud de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; b) genere o presente efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire, en lugares con presencia de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas; c) genera reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres; d) localiza en o próxima a poblaciones indígenas susceptibles de ser afectadas; e) genere alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, en lugares con presencia de pueblos indígenas; f) genera o presenta alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural, incluido el patrimonio cultural indígena, así como lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones habituales propias de la cultura de los pueblos indígenas. Artículo 19 b.6) del Reglamento SEIA (contenidos mínimos de las Declaraciones de Impacto Ambiental): “En caso que el proyecto o actividad se emplace en, o en las cercanías de tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o pueblos indígenas, la Declaración de Impacto Ambiental deberá contener los antecedentes que justifiquen la inexistencia de susceptibilidad de afectación a dichos pueblos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad.
	Convenio N°169 de la OIT Evaluaciones de impacto Art. 7.3: “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
	Deber adoptar medidas para proteger el medio ambiente de los territorios de los pueblos indígenas Art. 7.4: “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.
	Derecho a la consulta, a la participación en los beneficios y a la compensación justa frente a actividades de desarrollo en sus territorios Art. 15.2: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

Derecho al medio ambiente	Ley Nº 19.253	Ley Nº 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA); D.S. Nº 40/2013, Ministerio del Medio Ambiente (Reglamento del SEIA)
	Artículo 35: “En la administración de las áreas silvestres protegidas, ubicadas en las áreas de desarrollo indígena, se considerará la participación de las comunidades ahí existentes. La Corporación Nacional Forestal o el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación, de común acuerdo, determinarán en cada caso la forma y alcance de la participación sobre los derechos de uso que en aquellas áreas corresponda a las Comunidades Indígenas”.	Artículo 85 del Reglamento SEIA: “Consulta a Pueblos Indígenas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental. En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta. En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley Nº 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente”.

Aunque la Ley Nº 19.253 establece el deber del Estado de proteger las “tierras indígenas” y velar por su “equilibrio ecológico”, lo cierto es que contiene escasos instrumentos para hacer efectiva esa obligación. Uno de estos instrumentos son las denominadas “Áreas de Desarrollo Indígena” (ADI), las cuales, tal como son definidas en la Ley Nº 19.253, corresponden a “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”, pudiendo ser declaradas cuando concurren 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.
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna (artículo 26).

Uno de los efectos que tiene la declaración de las ADI respecto al manejo de los recursos naturales de uso ancestral de los pueblos indígenas, es que en el caso de que existan áreas silvestres protegidas del Estado en su interior, se mandata a Corporación Nacional Forestal (CONAF), organismo a cargo de la administración de Estas áreas, considerar la participación de las comunidades ahí existentes en la gestión de áreas silvestres protegidas del Estado. Bajo esta figura es que se han ido estableciendo convenios de cogestión entre las comunidades likanantay existentes al interior de la ADI Atacama la Grande y CONAF, para la administración compartida de diversas unidades que conforman la Reserva Nacional Los Flamencos, en la cuenca del Salar de Atacama.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Nº 19.253 no contiene disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de explotación de recursos naturales en sus territorios,

como son el derecho de estos pueblos a ser consultados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (y a que se obtenga el consentimiento en determinados casos), a que se efectúen estudios de impacto socioambiental con su cooperación y a participar en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo o de explotación de recursos naturales en sus territorios, así como a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Estos derechos son regulados en la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente (LBGMA), legislación sectorial que consagra diversos instrumentos de gestión, entre ellos el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y que reconoce de manera restrictiva la participación de los pueblos indígenas en los procedimientos de evaluación ambiental de proyectos que se emplazan en sus territorios de uso ancestral.

En efecto, si bien la LBGMA consagra de manera general el deber de los órganos del Estado de, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, propender a “la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 4), su desarrollo reglamentario ha supuesto que los derechos ambientales indígenas se vean limitados.

Esto es lo que sucede con el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en el marco del SEIA, cuyo deber estatal correlativo ha sido restringido solo a aquellos casos en que los proyectos o actividades generan “impactos significativos”, que hacen exigible su evaluación por medio de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Esto impide, en la mayoría de los casos, que los procedimientos de evaluación de impacto ambiental se realicen “en cooperación” con los pueblos indígenas, limitando su posibilidad de incidir en el diseño de las medidas de mitigación, reparación y compensación que los titulares de los proyectos deberán adoptar para hacerse cargo de los impactos sociales y ambientales de sus iniciativas.

Por último, los mecanismos de participación en los beneficios tampoco han sido correctamente implementados en el marco del SEIA. Esto se debe a que, por lo general, los acuerdos entre comunidades y empresas son realizados de manera directa entre los titulares de los proyectos y algunas comunidades o personas indígenas, al margen de la institucionalidad ambiental y, en muchos casos han sido utilizados para cooptar voluntades de dirigentes, generándose conflictos y divisiones internas en el tejido social de las comunidades afectadas.

