

Convenio N° 169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile.

I. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio¹

Autor:

Dr. Juan Jorge Faundes Peñafiel. Académico investigador, Universidad Autónoma de Chile².

Resumen:

Estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (incluye fallos respectivos de cortes de apelaciones) que aplica el Convenio N°169 de la OIT, en relación con derechos de propiedad de los pueblos indígenas. Aborda las categorías de tierra y territorio, siguiendo los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y revisa críticamente una muestra de cuatro casos representativos resueltos por la jurisprudencia chilena indicada, desde 2009 a 2014. Se identifican algunos problemas centrales suscitados desde la entrada en vigencia de este Convenio en 2009, en relación con el alcance constitucional de la propiedad indígena y su relación con el derecho al medio ambiente, así como los debates relativos al valor de la ocupación indígena ancestral frente al derecho de propiedad, la posesión inscrita y material en la legislación civil.

Si bien los fallos no logran definir líneas definitivas, se han abordado cuestiones cuyo desarrollo legislativo o reglamentario se encuentra pendiente o es deficiente, tanto regulatoriamente, como desde un enfoque de derechos humanos.

¹ Este estudio se elaboró en Convenio con la Dirección de Estudios de la Corte Suprema y se mantuvo publicado por ella bajo formato web en sus "Colecciones Jurídicas" hasta 2020 (aprox.). Para asegurar su conservación documental y disponibilidad abierta lo sube el autor al Repositorio de la Universidad Autónoma de Chile.

La revisión de sentencias solo aborda los primeros 5 años de jurisprudencia chilena de aplicación del Convenio N°169 de la OIT en materia de propiedad y derechos de los pueblos indígenas. A la fecha existe un conjunto de trabajos que abordan las temáticas aquí discutidas y agregan nueva y pertinente jurisprudencia nacional. Asimismo, la Corte IDH ha realizado avances relevantes, como el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente sano y el derecho humano al agua y la consolidación de su jurisprudencia sobre el derecho humano a la identidad cultural, entre otros aspectos. Estos temas también ya gozan de literatura (a la que se suma el autor). No obstante, los problemas que se identifican en el presente estudio siguen teniendo plena vigencia y la jurisprudencia de la Corte Suprema, aún, no define una/s tendencia/s jurisprudencia/les clara/s acerca de tales problemas. Por ello, se estima que el estudio sigue ofreciendo una contribución científica, más allá de la necesaria y pendiente tarea de actualización que el autor espera concluir en tiempo cercano. Del mismo modo, puede constituir un insumo de interés para la discusión constituyente en curso en materia de propiedad y pueblos indígenas (Temuco, 19 de julio de 2021).

² Abogado, Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, Universidad ARCIS. Profesor Investigador del Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

Introducción:

Tras la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT por parte del Estado de Chile el 15 de septiembre de 2008 y su entrada en vigencia el 15 de septiembre de 2009, la institucionalidad chilena ha ido resolviendo diversos problemas que se fueron presentando con la demanda de las organizaciones indígenas y las exigencias de los organismos de control internacional de dar plena aplicación a este convenio internacional. En este marco, identificamos diversos ejes en torno a los cuales se han dado los debates jurisprudenciales relativos a la aplicación del Convenio N° 169 en Chile, como el derecho de propiedad, tierras, territorios, hábitat, en relación con el amparo de las formas de propiedad y uso tradicional de tierras y territorios reivindicados por los pueblos indígenas, sus comunidades o integrantes; la cuestión de la consulta; y también han cobrado relevancia diversas decisiones en materia penal, referentes a la introducción y reconocimiento del derecho propio indígena y las formas tradicionales en que estos pueblos resuelven sus conflictos y o sancionan los ilícitos cometidos por sus miembros.

En este contexto, aunque los fallos nacionales no logran definir una tendencia definitiva, se han ido asentando algunas doctrinas que han ido dando cuenta de un marco jurídico difuso que aborda los tres ámbitos que señalamos, propiedad indígena, consulta y justicia (penal). Se trata de diversas tensiones en cada caso, cuyo desarrollo específico permite sendos trabajos en cada respectiva materia, no obstante, en el presente, nuestro objetivo solo será mostrar las grandes líneas de debate en la primera de estas categorías, correspondiente a las demandas por protección de las propiedad indígena y los derechos territoriales, de tal forma de poder conocer a partir de una selección de cuatro casos cuál ha sido el desarrollo de estas tendencias, con diversas soluciones que permiten prever el marco de los futuros debates, forenses, regulatorios o legislativos.

Paralelamente, la rica jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sintetizada en fallos como el de la *Comunidad Sumo Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001), *Yake Axa vs. Paraguay* (2005), *Saramaka vs. Surinam* (2007) y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), entre los más importantes, configuran un marco que permite formular una revisión crítica de la jurisprudencia nacional y, en particular, de la forma en que se ha ido articulando las diversas fuentes para resolver (inconclusamente) los nuevos problemas en relación con la propiedad que emergen con la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, entre ellos, son centrales los temas vinculados a la propiedad registral, ordinaria e indígena, el concepto de territorio y las formas de ocupación tradicional o ancestral indígena³.

En consecuencia, en este estudio, presentamos (I) una breve relación de las cuestiones generales sobre la aplicabilidad e interpretación del Convenio N° 169 de la OIT como instrumento de derechos humanos ("estándar internacional", "interpretación evolutiva", "*corpus iuris*") y (II) cómo aborda la cuestión de los conceptos de tierras, territorios, el derecho a los recursos naturales, los derechos asegurados específicamente en relación con el derecho de propiedad y las formas tradicionales de relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. Luego, abordamos en concreto, críticamente (III) una selección de fallos y cómo éstos han resuelto los

³ Agradecemos al profesor Cristobal Carmona Caldera (UDP) por sus observaciones a este trabajo cuyo manuscrito gentilmente revisó, en particular su aclaración respecto del empleo de la expresión "uso ancestral" que no aparece dicha así en el Convenio N°169 de la OIT, por lo que recomienda hablar de "uso tradicional", como término más apegado al texto del Convenio. En este trabajo, teniendo presente el alcance, dado que le damos un significado equivalente, utilizamos ambos conceptos.

problemas que presenta la ocupación ancestral, frente al derecho de propiedad, ordinaria (dominio, posesión inscrita y posesión material, etc.) Se trata de conclusiones preliminares acotadas a los problemas centrales que se identifican en estos fallos. Sin embargo, esperamos que en próximos trabajos se pueda revisar el desarrollo de estos problemas a la luz de la jurisprudencia en la materia que nos permita plantear conclusiones de mayor alcance.

I.- La protección internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno chileno y los derechos de los pueblos indígenas

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como la emanada de los organismos de control de la OIT, junto a las observaciones y recomendaciones de otros organismos especializados de Naciones Unidas, ha logrado sostener progresivamente un estándar internacional de derechos humanos propio de los pueblos indígenas⁴. Esta jurisprudencia es de gran importancia en el caso chileno porque los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos -categoría reconocida en general al Convenio N° 169 de la OIT por la propia jurisprudencia⁵-, son recogidos dentro del mandato constitucional del artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Entonces, la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT (los derechos contemplados en él), como un estándar internacional obligatorio de derechos humanos, solo se logra a partir del desarrollo jurisprudencial de los tribunales y organismos internacionales que han ido dando aplicación práctica a estas disposiciones, llegando a constituir un marco jurídico obligatorio para los estados en general, para el Estado chileno en particular y para sus diversos organismos públicos, incluidos sus tribunales de justicia y para los particulares al interior del Estado.

Entonces, para comprender los alcances de la jurisprudencia chilena en materia de propiedad y derechos de los pueblos indígenas, nos parece necesario enunciar precedentemente el impacto de un enfoque de derechos humanos para la interpretación de los tratados de derechos humanos, considerando la interpretación evolutiva de éstos y la consolidación progresiva de un *Corpus Juris* de derechos humanos en esta materia⁶. Como lo explica Claudio Nash:

⁴ Cuando hablamos de un estándar internacional de derechos humanos, planteamos que el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos se enmarca y fundamenta en un sistema aceptado internacionalmente a través del cual se integra el respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, como un cuerpo homogéneo que permite asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en el plano internacional, en general, y nacional, en concreto. Este estándar se encuentra integrado por reglas y principios internacionales e incluye la posibilidad de que principios constitucionales o internacionales operen interrelacionadamente como fuentes de derechos fundamentales (FAUNDES, 2013.a. pp. 189-190). Entonces, el planteamiento de un estándar de derechos humanos, recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "implica una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de estos derechos para resolver los casos en el fuero nacional" (NASH, 2008, pp. 73, 245-246). Véase, MARTÍNEZ BULLÉ (2013).

⁵ La jurisprudencia chilena y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideran los derechos indígenas contenidos en el Convenio N° 169 como derechos humanos. Entre otros, véase: Corte Suprema, Rol N° 7287-2009, de 30 noviembre de 2009; Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador*, de 27 de junio de 2012.

⁶ Este *corpus iuris* está integrado por instrumentos basales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el PDCP y el PIDESC, también la Declaración Universal de Derechos humanos, más otros instrumentos especializados (en materia de discriminación, tortura, infancia, de la mujer o de los pueblos indígenas). Se reúnen los instrumentos estrictamente vinculantes y el *soft law*, que es fruto del desarrollo

“La interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos”⁷.

Esta forma de interpretar sistemáticamente las categorías de derechos humanos que enlaza la jurisprudencia interamericana con la jurisprudencia nacional, produce un efecto de doble vía, “puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares pueden dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos de que es titular un individuo”⁸. Mientras, al mismo tiempo, la aplicación en el derecho interno deberá permearse del mayor estándar internacional que se va asentando en materia de Derechos Humanos, porque la interpretación evolutiva de los derechos humanos es el mecanismo que operativiza el *corpus juris* internacional de derechos humanos, generando la obligación de estados de cumplir con los tratados internacionales de derechos humanos incluso más allá de su tenor literal, como instrumentos articulados sistémicamente, cumpliendo incluso con los llamados “derechos implícitos”⁹, como categorías vinculantes, subyacentes en los textos literales, que emanan del núcleo esencial de tales derechos humanos¹⁰.

Otra fuente muy importante ha sido la sistematización aportada por la OIT que ha hecho una importante contribución a la determinación del sentido y alcance de las obligaciones del Convenio 169 mediante documentos de relevancia como los manuales y guías de la OIT para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, que sistematizan el texto del Convenio incorporando en su desarrollo los informes de expertos en normas de la OIT¹¹, las memorias que ha presentado Chile y las respectivas observaciones contenidas en los Informes Anuales de la Comisión de Expertos de la OIT¹². Estos instrumentos se enlazan con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, más la jurisprudencia que en particular ha ido sistematizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³.

De esta forma, el Estado de Chile debe someterse, precisamente, al examen periódico de los organismos de control de la OIT y otros organismos internacionales de derechos humanos y adecuar su conducta a los parámetros vinculantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial al de las sentencias de la Corte, que obliga a sus organismos y tribunales en particular a realizar el Control de Convencionalidad en sus fallos¹⁴.

II.- Conceptos fundamentales en materia de territorialidad indígena:

El artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT establece que 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 y en particular deberán considerar los aspectos colectivos de esa relación. Agregando en el N° 2 del mismo artículo que la utilización del término tierras deberá

progresivo de los derechos humanos a partir de las declaraciones, observaciones generales y otros medios u organismos de seguimiento y control (OIT, UNICEF, PNUD, etc.) (FAUNDES, 2013.b, p. 93).

⁷ NASH (2009), pp. 46- 49.

⁸ NASH (2009), pp.46- 49.

⁹ BIDART CAMPOS (2002).

¹⁰ FAUNDES (2013.c), pp. 326-327.

¹¹ OIT (2003; 2009).

¹² OIT (2011, 2012).

¹³ CIDH (2010).

¹⁴ BECERRA (2013); Castillo (2013); HITTERS (2009).

incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

Mientras, la Ley Indígena 19.253 plantea, por una parte, un *numerus clausus* de los supuestos bajo los cuales una propiedad califica como tierra indígena. Por otro lado, esta ley sigue una comprensión del derecho de dominio de los indígenas sobre sus tierras que, en general, se corresponde con la noción civil clásica de la propiedad, sin contemplar los territorios indígenas como categoría normativa relevante y protegida. Con todo, respecto de la tierra indígena, en cuanto tal, en el artículo 1º declara que para los indígenas en Chile la tierra es fundamento principal de su existencia y cultura, siendo deber del Estado el de proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación. Después, en el artículo 13 y siguientes la Ley 19.253 establece una serie de prohibiciones y limitaciones que buscan constituir un régimen general de protección de las tierras indígenas, particularmente su mantención bajo la titularidad de personas y comunidades indígena con un rango de divisibilidad también limitado (artículo 17).

De esta forma, podemos plantear que en el derecho interno chileno, sin hacer mención (por ahora y para efectos analíticos) al marco jurídico internacional suscrito por Chile, si bien se protege expresamente las tierras indígenas, solo se establece tal protección desde el concepto de tierras indígenas (definidas en el artículo 12 referido de la Ley 19.253), como concepto de base civil, restrictivo, sin considerar la concepción de territorio, sí incluida en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en el Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, como la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas y en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, a partir de la interpretación evolutiva en la materia, desarrollada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otra parte, haciendo el ejercicio de no considerar las nuevas obligaciones del Estado en materia de derechos de los pueblos indígenas, para estos solos efectos de análisis y pese a ser plenamente aplicables a la amplia normativa regulatoria sectorial (eléctrica, energética, minera, de aguas, etc.), es relevante hacer presente que en la aplicación práctica de dicha regulación se ha considerado en lo pertinente la Ley 19.253, pero bajo primacía de la indicada normativa sectorial. Se ha recogido así el estatuto de tierras indígenas dispuesto por la Ley Indígena (artículo 12), siguiendo la noción de propiedad en términos estrictamente civiles y sus correspondientes formas de protección especial, contemplada en la propia Ley Indígena y en la legislación civil en general. Esto es, en todos estos casos (hasta antes de la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT y las restantes obligaciones conexas a su entrada en vigencia), no se consideraba una visión más amplia de la propiedad que incluyese una dimensión territorial, particularmente aplicable en el caso de los pueblos indígenas. Y hoy el desafío es la revisión y ampliación de esa visión regulatoria adecuándola a los estándares de derechos humanos que favorecen a los pueblos indígenas.

En consecuencia, el desarrollo de la jurisprudencia reciente se ha ido desenvolviendo sobre la base de la introducción del concepto de territorio y los alcances normativos de ese concepto, que podemos denominar genéricamente, como derechos territoriales, y, en concreto, la especial concepción de la propiedad aplicable a los pueblos indígenas. En este marco, las obligaciones que impone el Convenio N° 169, incluyendo las derivadas de la hermenéutica propia de la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos para los pueblos indígenas, en su implementación en el ámbito interno, ha ido arrojando diversa jurisprudencia, a veces contradictoria o que, a lo menos, ha sido percibida de esta forma.

En la parte III de este trabajo revisamos cuatro casos de alta visibilidad pública y relevancia jurisprudencial en materia de propiedad indígena y derechos territoriales indígenas que han sido conocidos y o revisados por la Corte Suprema, los cuales

permiten visualizar algunos debates centrales, aunque sin que se consolide una doctrina definitiva. Uno de ellos dice relación con la protección constitucional del medio ambiente, en relación con el derecho al acceso, de orden ancestral, a ciertos espacios territoriales y a la protección de ellos, en el marco del ejercicio de derechos culturales de los pueblos indígenas; otro, relativo a la utilización del concepto territorio para interpretar la noción de propiedad, tierra o "terreno" en la Ley Indígena, aplicado en el marco de la protección del derecho a las aguas de las comunidades andinas del Norte de Chile (artículo 64 de la Ley 19.253). Y uno más reciente relativo a la demanda por el reconocimiento de formas de ocupación ancestral (acceso) para fines religiosos-culturales de ciertos espacios pertenecientes a un territorio reivindicado como ancestral, y la protección de dicho espacio, en razón de su valor identitario cultural integrado a la protección constitucional del medio ambiente. Los casos que se plantean (tres de ellos con sentencias en general favorables para los indígenas) implican la demanda por el reconocimiento de derechos sobre (y o limitantes) de la propiedad de terceros, pese a la inexistencia de títulos formales de los indígenas sobre los espacios que reclaman o respecto de los cuales reclaman derechos de naturaleza territorial.

Antes de entrar a la revisión de los casos en esta materia, sintetizamos brevemente cuál es el alcance de los derechos territoriales de los pueblos indígenas a la luz del Convenio N° 169 de la OIT y su interpretación evolutiva, a fin de identificar, al final, en qué medida tales derechos han sido recogidos o no por la jurisprudencia chilena revisada.

Derecho de los pueblos indígenas al territorio:

La concepción territorial desde la mirada de los derechos de los pueblos indígenas es holística, comprendiendo, entre otras, dimensiones ambientales, culturales, geográficas, hidrológicas, productivas, etc., en un sentido acorde al concepto de "hábitat" definido por el artículo 2º del Convenio de Bio Diversidad (incluyente del componente población, de orden humano y cultural) que, por lo tanto, ahora deberán ser consideradas en el abordaje de los derechos territoriales, sin limitarlos a una mirada reductiva unidimensional de las tierras indígenas^{15 16}.

En síntesis, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce la "importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios" (artículo 13. 1). Define a los territorios indígenas como aquellos que cubren "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (artículo 13.2). El artículo 14 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las tierras que poseen u ocupan de una u otra manera, a la par del artículo 15 del Convenio que asegura los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales vinculados a sus territorios. Este derecho, incluye su participación "en la utilización, administración y conservación de dichos recursos". En particular, en los casos en que los estados mantengan la propiedad de recursos minerales o del subsuelo o derechos a otros recursos pertenecientes a 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 fuesen perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras" (artículo 15.2).

¹⁵ Sobre el derecho al territorio de los pueblos indígenas y su relación con la protección del medio ambiente, véase: BERRAONDO (2005), pp. 469-487.

¹⁶ Como veremos, esta doctrina fue expresamente declarada por la Corte de Apelaciones de Temuco y confirmada por Corte Suprema en el Caso de la Machi Francisca Linconao de Rahue. Véase: FAUNDES (2010).

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, ha tratado casos relativos a la protección de los derechos indígenas sobre sus tierras y sus recursos naturales (y la consulta), fundándolos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el Convenio N° 169 referido. Así, algunos de los casos más emblemáticos resueltos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos son: Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Estado de Nicaragua* (2001), *Dann con Estados Unidos* (2002) y *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), *Saramaca vs. Surinam* (2007) y *Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador* (2012). La importancia de esta jurisprudencia radica en el método de interpretación evolutiva que se utiliza para dar aplicación a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que se consideran los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas para reconocer la naturaleza colectiva de este derecho, su fundamento en el uso y posesión tradicional o ancestral de tierras y territorios, y su asociación con el deber correlativo del Estado de proteger, como derecho, el ejercicio de estas formas de propiedad ancestral a través de las garantías que sean necesarias.

Bajo la doctrina de la interpretación evolutiva, en relación con los derechos de los pueblos indígenas en particular, entre otras cuestiones, la Corte y la Comisión Interamericana establecen que la propiedad indígena se fundamenta en el uso ancestral, no en la titulación oficial del Estado. En este sentido ha dicho la Corte que el concepto de propiedad incorporado en el artículo 21 de la Convención Americana incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso cuando carecen de un título o de cualquier otra forma de reconocimiento específico por parte del Estado¹⁷; también que el derecho humano internacional a la propiedad incluye los sistemas de propiedad comunal de los pueblos indígenas basados en sus propias costumbres y tradiciones, de manera tal que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”¹⁸. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Awes Tingni* contra Nicaragua, otorgó preeminencia al derecho de propiedad ancestral incluso respecto del derecho positivo registral, para resguardar los intereses indígenas sobre sus tierras y recursos naturales en los territorios de origen. En el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte estableció que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio que está relacionado con el “derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado”¹⁹, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awes Tigni*, 2001, de 31 de agosto de 2001, párr. 148.

¹⁸ La territorialidad indígena “se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Bolivia, 2007, de 28 de junio de 2007, párr. 231; “Las acciones de reconocimiento oficial “deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior” y no como el otorgamiento de nuevos derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Colombia 1999, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19. En el mismo sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awes Tigni*, 2001, de 31 de agosto de 2001, párr. 151; Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006, párr. 127, 128.

“El ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, y la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención... La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte de los Estados es un acto de reconocimiento y protección oficiales, que no constitutivo, de derechos. Consecuentemente, la posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación” CIDH (2010), p. 29, infra 189.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párr. 146.

reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. En el reciente fallo del caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) se reiteran estos conceptos señalando expresamente que “[la] fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. Finalmente, esta jurisprudencia reconoce la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la identidad cultural, en relación con su dimensión territorial. Por ello, señala la Corte Interamericana que:

“... el derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos...

... el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”²⁰.

En resumen, el alcance general del derecho de los pueblos indígenas a vivir en su territorio, como derecho colectivo conforme el estándar reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, comprende el que los pueblos indígenas y sus miembros gocen del derecho a:

- Preservar su identidad cultural, considerando su base territorial como parte esencial de ella;²¹
- El reconocimiento de sus formas tradicionales de propiedad, en particular su dimensión colectiva y/o comunitaria, con preeminencia sobre la propiedad registral y con prescindencia de las formas de reconocimiento oficial por parte del estado²². Ello comprende la protección, como derecho fundamental, del valor intangible (“espiritual”) de ciertos espacios²³, en dimensiones que no son necesariamente percibidas por otros integrantes de la sociedad que no son integrantes de dichos pueblos o sus comunidades²⁴, que nosotros denominamos dimensión territorial “eco-cultural”.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012, párr. 217.

²¹ En relación con el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos se considera que la “garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas” (CIDH, 2010, p. 1). En el mismo sentido ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

“Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párrs. 146, 147).

“... la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática”. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012, párr. 159.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007. párrs. 96, 128; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, párrs. 140(a), 140(c).

²³ “La Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, de 27 de junio de 2012, párr. 159.

²⁴ ANAYA (2009), p. 16.

- Realizar sus actividades tradicionales culturales y de subsistencia en sus tierras y territorios; pudiendo acceder a aquellos espacios que son utilizados para tales actividades culturales o de subsistencia aunque no estén exclusivamente ocupados por ellos²⁵. Se trata del derecho a acceder a tierras de uso ancestral, aunque no sean registralmente de propiedad de los indígenas, para fines culturales y de subsistencia, como ocurre con la caza, recolección u actividades ceremoniales, entre otras, debiendo tomarse las medidas adecuadas para permitir el ejercicio de ese derecho y la protección de los espacios respectivos²⁶. Este caso específico no implica, necesariamente, el derecho de propiedad contra los titulares del dominio, sino el derecho a acceder a las tierras referidas, lo que claramente constituirá una limitación al derecho de propiedad de quienes sean dueños no indígenas de dichas tierras (particulares o el fisco).
- El control de su hábitat como condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida (libre determinación).²⁷
- La protección sus derechos territoriales como derechos humanos de colectividades que basan su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra y territorios. Por tanto, no sólo se trata de la protección de sus tierras como una unidad económica específica, ni se restringe esta protección al núcleo de sus casas de habitación²⁸. Entonces, sus derechos territoriales, en un sentido material, incluyen:
 - Los espacios ocupados físicamente (“de una u otra manera”):
 - La superficie terrestre;
 - Los recursos naturales que están sobre dicha superficie;
 - En el subsuelo;
 - Las aguas de uso ancestral.²⁹
 - La participación en las utilidades que sean fruto de la explotación de los recursos naturales, considerando su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos³⁰.
 - Derecho a Consulta en relación con la afectación territorial, incluida la afectación de su hábitat y recursos naturales; además de la Consulta respecto de la referida participación en la explotación, administración, utilización y conservación de tales recursos (art. 15 y 16 del Convenio N° 169).

²⁵ “... en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (14 N°2 Convenio 169).

²⁶ “... el concepto de la propiedad puede consistir en un dominio compartido o en derechos de acceso y uso, de acuerdo con las costumbres de las comunidades indígenas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, párr. 140(i)].

²⁷ “La Corte Interamericana, a su vez, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan 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” (CIDH, 2010, p. 2). “La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párr. 146).

²⁸ La Comisión Interamericana en sus alegatos del Caso *Yakye Axa Vs. Paraguay* ha dicho que el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a una tradición cultural (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005, párr. párr. 120(h). (13, 14 y 15 C. 169).

²⁹ Véase un interesante trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus aguas de uso ancestral en: Jaramillo, *et al* (2010). También véase: AYLWIN, *et al* (2013), pp. 175-187, 384-387.

³⁰ “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras [territorios conforme el artículo 13 del CV. 169] deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15 N° 1 Convenio N° 169)”.

Asimismo, siguiendo las prescripciones del Convenio N° 169 de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Organismos de Control de la OIT, bajo la interpretación evolutiva de los derechos humanos, han señalado que sus derechos territoriales también comprenden:

- La delimitación de sus tierras de uso ancestral³¹;
- La tierras y territorios reivindicados³², debiendo el Estado establecer los mecanismos adecuados para canalizar tales reivindicaciones³³, por medios legales que permitan resolver los eventuales conflictos que se presenten con terceros actuales ocupantes de buena fe, considerando el principio de proporcionalidad y, según corresponda, una justa reparación para estos terceros cuando deban transferir sus tierras o (cuando la recuperación de las tierras perdidas no fuere posible y previo consentimiento) tierras alternativas para los indígenas.
- El derecho a la ampliación territorial (correspondan o no a demandas de pérdida histórica), para lo cual los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados "la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico" (artículo 19 letra a Convenio N° 169 de la OIT).

III.- Jurisprudencia seleccionada en relación a la propiedad y derecho al territorio:

A continuación revisamos la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Chile en una selección de casos que abordan algunas de las categorías y dimensiones de los derechos territoriales indígenas. Se revisa, en particular, cómo se han resuelto las cuestiones relativas al valor de la ocupación ancestral frente al derecho de propiedad; la naturaleza de dicha ocupación y su amparo vía recurso de protección constitucional (artículo 20 de la Constitución), tanto desde la perspectiva de la protección del dominio (artículo 19 N° 24 de la Constitución), como su inclusión evolutiva en otros derechos fundamentales como el derecho al medio ambiente y la libertad de culto (artículos 19 N° 8 y 6, respectivamente, de la Constitución).

Dentro de la jurisprudencia chilena en materia de derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y hábitat hemos seleccionado cuatro casos relevantes, cuyos fallos revisaremos: "*Francisca Linconao con Forestal Palermo*"³⁴, "*Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza y Usmagama*"³⁵; "*Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz*

³¹ "los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar [delimitar] las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (14.2 Cv. 169).

"los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar [delimitar] las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión" (14.2 Cv. 169).

³² "los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras" (CIDH, 2010, p. 29); "la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006, párr. 128).

³³ "Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados" (artículo 14 N° 3 del Convenio N° 169).

³⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema, Rol 7287-2009, de 30 noviembre 2009.

³⁵ Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009.

Ortiz" (primera y segunda instancia)³⁶; "*Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional y Nacional de Aguas*"³⁷.

En nuestra revisión nos limitaremos a mostrar cuáles han sido las diversas formas de abordar los problemas identificados, conforme el desarrollo que el máximo tribunal ha planteado en unos y otros casos, desde un enfoque comparativo con el estándar internacional de derechos humanos en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, centrados en los alcances dados al Convenio N° 169 de la OIT, ya reseñados. En una síntesis inicial, podemos señalar que los diversos planteamientos jurisprudenciales se inician con dos casos resueltos contemporáneamente en 2009. Por una parte, el caso de la Machi Francisca Linconao, en que la recurrente reclama el reconocimiento su ejercicio de ocupación tradicional y la Corte aplica el concepto de territorio señalado en el Convenio N° 169 de la OIT, al plantear que existe un maco de protección constitucional radicado en el derecho a la protección del medio ambiente (19 N° 8 de la Constitución), inclusivo de los aspectos propios de la identidad cultural, a su vez, incorporada en el concepto normativo de hábitat. En el segundo caso, se amplía el concepto de terreno (tierra) a territorio en aplicación de los artículos 13 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT, para la defensa de derechos de agua de una comunidad indígena Aymara (*Chusmiza*). Luego, en lo que consideramos un giro jurisprudencial, en el caso de la Central Hidroeléctrica Osorno en el río Pilmaiken (2012), acotando el deber de protección del Estado al estatuto definido en el artículo 12 de la Ley 19.253 y argumentando la existencia de una acción de "autotutela", se excluye el amparo constitucional, en la especie, respecto de las formas tradicionales de ejercicio de la propiedad, asociada al acceso para fines ceremoniales.

La Corte Suprema, el 25 de noviembre de 2009 (Rol N° 2840-2008), resolvió la causa caratulada "*Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza y Usmagama*", del Juzgado de Letras de Pozo Almonte (Rol 1.194 de 1996); y el 30 de noviembre de 2009 la Excm. Corte Suprema (Rol 7287 2009), confirma la sentencia apelada de la de la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 16 de septiembre de 2009 que resuelve el recurso de protección interpuesto por Francisca Linconao Huircapán en contra la Forestal Palermo Limitada (Rol 1773-2008). Estas sentencias hacían avizorar una aplicación progresiva del Convenio N° 169 de la OIT que bajo un enfoque de derechos humanos y recogiendo los estándares internacionales reconocía las formas indígenas de propiedad ancestral. Sin embargo, con la sentencia del recurso de protección interpuesto en contra la Central Hidroeléctrica Pilmaiken, conocido también como el caso del *Ngeñen Mapu Kintuante*, si bien la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso, reconociendo los derechos reclamados por las comunidades y mejoró su marco de fundamentación, la Corte Suprema dejó sin protección constitucional a las manifestaciones ancestrales de la propiedad indígena de orden ceremonial, al reducir el amparo constitucional solo al resguardo de la propiedad registral, dejando al Estado de Chile en abierta contradicción con sus obligaciones internacionales. Por último, con el caso de la Comunidad de Toconce (Codelco con DGA, 2014), nuevamente la Corte Suprema en una causa relativa a la protección de los derechos sobre las aguas de los pueblos andinos, aplica el concepto de territorio, esta vez en relación con tierras fiscales reivindicadas por la comunidad atacameña de Toconce. La Corte Suprema resuelve protegiendo los derechos sobre las aguas superficiales susceptibles de ser afectados por la solicitud de derechos de aguas subterráneas solicitadas por CODELCO, al considerar que la solicitud se circunscribe al territorio ancestral de la comunidad, con el solo mérito de su reclamación ancestral (en

³⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012; Corte Suprema Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012.

³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013; Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014.

proceso de tramitación por CONADI de conformidad al artículo 20.b de la Ley 19.253, en convenio con Bienes Nacionales), sin la existencia de títulos de dominio.

“Francisca Linconao con Forestal Palermo”³⁸:

La sentencia del Caso Linconao, confirmado por la Excma. Corte Suprema, es el primer fallo (a nivel de Cortes de Apelaciones, segundo de la Corte Suprema) que incluye en sus considerandos las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT. Entre otras cuestiones relevantes, establece que la protección constitucional del dominio (artículo 19 N° 24 de la Constitución) y su limitación constitucional fundada en la función social de la propiedad, en relación con la protección del medio ambiente (incluyente del concepto hábitat), comprende la propiedad indígena y permite amparar dentro de dicha protección constitucional los derechos culturales de los pueblos indígenas³⁹. Al relacionar el artículo 13 de la ley indígena con el artículo 19 N° 24 de la Constitución, podemos establecer entonces que el derecho de propiedad puede ser limitado en razón de la función social de la propiedad en favor de la propiedad u otros derechos fundamentales indígenas.

En la especie se reconoce el derecho de la actora y de su comunidad a la protección de los espacios de significancia cultural (*menokos*) que existen en el predio vecino de propiedad de la empresa forestal recurrida. Como dijimos, se declara que el uso ancestral del espacio que de forma tradicional sostiene la Machi Francisca también es amparado constitucionalmente, al punto de fundamentar la limitación del derecho de dominio del propietario. En este sentido, el fallo destaca que puede limitarse el derecho de propiedad para la protección del medio ambiente y de los derechos indígenas, declarando que:

“... la Ley puede establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y dentro de esas restricciones, el 19 N° 24 en su inc. 2° es clarísimo y consagra la conservación del patrimonio ambiental, por lo que según todos los principios, valores y normas señaladas en los precedentes considerandos se debe tener especial cuidado al analizar las manifestaciones culturales, en este caso, de la etnia mapuche... No existe un derecho de propiedad como tácitamente lo pretende indicar el recurrido en forma absoluta”⁴⁰.

De esta forma, el derecho al territorio comprende el hábitat y los derechos culturales de los pueblos indígenas, luego, para el caso nacional, el derecho a la protección del medio ambiente (19 N° 8 Constitución Política) incluye la protección de la cultura de los pueblos indígenas como parte del hábitat amparado por dicha garantía, en relación al artículo 13 del Convenio N° 169 que establece el derecho a la protección de sus tierras. En concreto, en su fundamentación, el fallo considera el artículo 13 del Convenio N° 169 de la OIT, en tanto “la utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁴¹. De esta forma, conforme la doctrina del caso en referencia es posible sostener que la vulneración de la Garantía Constitucional del Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación (Art. 19 N° 8 C.P.R.) debe entenderse bajo la

³⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009; Corte Suprema, Rol 7287-2009, de 30 noviembre 2009.

³⁹FAUNDES (2010), p. 99; AYLWIN, *et al* (2013), p. 181.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, consd. décimo tercero..

⁴¹ FAUNDES (2010), p. 99.

interpretación amplia que le ha dado la jurisprudencia nacional e internacional al concepto de medio ambiente⁴². En este sentido expresa el fallo que:

[...] ...esta Corte asume que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe considerarse en forma amplia... porque el fenómeno social denominado Derecho, es una creación realizada por el hombre y para el hombre. Para que sea un instrumento para alcanzar objetivos que permitan crear las condiciones de desarrollo material y espiritual más altas posibles, en definitiva obtener el bien común y una mejor calidad de vida. Si no hay un medio ambiente adecuado para vivir, resulta ilusorio que el hombre sea digno en libertad e igualdad y pueda disfrutar el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Además, debe ser considerado en forma amplia y holística, por los deberes que impone el artículo 19 N° 8 al Estado. Esto es velar para que no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, puesto que al no tutelarla ni preservarla el medio ambiente, sin duda, puede verse afectado vulnerando esta garantía. Si no se admite una concepción amplia, no se divisa cómo el Estado puede cumplir sus deberes Constitucionales indicados. En todo caso, no existe en el medio ambiente un grupo, o persona aislada, un elemento vivo o inerte que no esté relacionado con su entorno...

[...] Que expuesta la relación de todos los antecedentes anteriores, esto es doctrina, jurisprudencia, derecho nacional e internacional, es nítido cómo se ha configurado conciencia sobre la protección del medio ambiente y, además, se ha legislado en sostener una concepción amplia del medio ambiente. Y especial atención deben tener los Estados en la protección y preservación de las tierras y culturas indígenas en todas sus manifestaciones”.⁴³

Así se sostiene una interpretación amplia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, definiendo conceptos como el de “territorio” y su directa relación con el “hábitat”, la interdependencia con los derechos culturales y la protección del medio ambiente, cuestiones esenciales en el desarrollo de los derechos indígenas, que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, lo que estas resoluciones desarrollan con claridad.

En el derecho de los pueblos indígenas que se incorpora con la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, extensamente desarrollado en el fallo Linconao, se contiene una concepción holística del territorio que tiene dimensiones ambientales, culturales, geográficas, hidrológicas, productivas, etc., entre otros, fundada en el concepto de hábitat definido por el artículo 2º del Convenio de Bio Diversidad. Tal como se indica expresamente en el Fallo Linconao, el hábitat incluye las poblaciones indígenas, abriendo el marco de protección a la dimensión cultural. Los “Menoko” (vertientes o manantiales sagrados) y las yerbas medicinales como objetos de protección jurídica, que tienen un claro componente biológico natural, pero que trascienden hacia una significancia cultural que sólo puede ser comprendida desde la perspectiva de la cosmovisión mapuche, lo que permite entender en su integral sentido este fenómeno.

Entonces, en este fallo se estableció una especial protección de la cultura y ciertos recursos naturales (manantiales y yerbas medicinales) de los pueblos indígenas como base del derecho al medio ambiente. En el mismo sentido, se señaló expresamente que el derecho de propiedad establecido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política debe interpretarse en relación con el artículo 19 N° 8 de la misma que establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por tanto, que los derechos indígenas reclamados en el caso (derechos culturales y al

⁴² FAUNDES (2010), p. 98.

⁴³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, consds. quinto, sexto y noveno.

territorio) constituían limitaciones al derecho de dominio fundadas en la función social de la propiedad que ampara la protección del medio ambiente⁴⁴.

El fallo Linconao agrega que el Convenio N° 169 de la OIT es un tratado internacional que integra el bloque constitucional en materia de derechos humanos y que en esta medida es comprendido bajo la noción de *jus cogens* internacional. Se invoca expresamente el Artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 1969, que señala que los estados no podrán excusarse del cumplimiento de las normas de un tratado excusándose en las disposiciones de su derecho interno⁴⁵. De esta forma, en la medida que se reconocen formas tradicionales de ejercicio de la propiedad fundadas en este Convenio, se está considerando necesariamente el que estos derechos gozan del amparo y preeminencia que el ordenamiento jurídico chileno otorga a las normas internacionales en materia de derechos humanos, de conformidad al artículo 5 inciso 2° de la Constitución, "por lo tanto, que sus disposiciones no admiten acuerdo en contrario por parte de los estados y son objeto de una especial protección"⁴⁶.

Sin embargo, el derecho de acceso para fines culturales y de subsistencia (artículo 14.1 C. 169), reclamado por la recurrente y base sustantiva de la sentencia referida(aunque no es citado expresamente en la misma), por una parte, en la especie no significó el aseguramiento del derecho, según se explicará. Por otra, en general, no implica necesariamente un derecho que inhiba o impere sobre el derecho de propiedad de terceros propietarios registrales. Al respecto, desde ya, podemos identificar dos situaciones de relevancia jurídica. La primera, en derecho, y como lo señala expresamente el fallo, se trata de un caso de limitación al dominio conforme la función social de la propiedad que considera, en autos, la conservación del patrimonio ambiental, en relación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículos 19 N° 24 y 19 N°8, respectivamente, de la Constitución) que, entendido en un sentido amplio, comprende el derecho de los pueblos indígenas a su territorio y hábitat, particularmente el derecho al acceso para fines culturales y de subsistencia en cuestión. La segunda, evidenciada en el devenir concreto de este caso, en tanto a la fecha no existe una adecuación normativa que permita dar pleno cumplimiento al mandato de respetar el referido derecho de los pueblos indígenas al acceso a sus territorios de uso ancestral para fines culturales y de subsistencia, por sobre, incluso, de la decisión jurisdiccional concreta y directa confirmada por el Máximo Tribunal. En consecuencia, no existe una protección efectiva de estos espacios de significancia cultural, dada la ausencia de herramientas regulatorias concretas que permitan operativizar el mandato internacional, dado que en el ordenamiento interno, en general, las acciones civiles protectoras se reservan para el dominio, en relación con el propietario registral, o bien regulatoriamente en el ámbito forestal y de Áreas Silvestres Protegidas, para los organismos de fiscalización, como CONAF, pero no se contemplan legalmente y tampoco se han implementado, en general, acciones institucionales de aplicación directa del mandato internacional. Por ello, salvo algunos acuerdos específicos respecto de Áreas Silvestres Protegidas en Áreas de Desarrollo Indígena (materia del artículo 35 de la Ley 19.253), estos derechos son solo reconocidos judicialmente pero burocráticamente se impide su ejercicio. Así, pueblos indígenas, comunidades o sus integrantes, afectados, pese a fallos favorables como el revisado, mantienen la situación material de vulneración.⁴⁷

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, consd. cuarto.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, consd. décimo.

⁴⁶ FAUNDES (2010), p. 98.

⁴⁷ En el caso concreto de la demanda por la protección del cerro Rahue planteada por la Machi Francisca Linconao, actualmente, en enero de 2015 a 6 años del emblemático fallo que reconoció sus derechos, su caso ha sido sometido administrativamente al procedimiento de compras de CONADI del artículo 20 letra b de la Ley 19.153 (cuya tramitación sigue pendiente) e incorporado a una mesa de negociación política con las autoridades de gobierno con el mismo fin. En el sentido antes explicado, la compra que en su favor

Por último, destacamos la declaración expresa realizada por la sentencia de que el Recurso de Protección Constitucional es una vía legítima para reclamar los derechos contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT⁴⁸, porque “el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y expedito ante los Jueces y Tribunales competentes a fin que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales”⁴⁹. Veremos que en el caso Pilamiquén y bajo la última tendencia en los casos de Consulta, este criterio cambia restringiendo significativamente el ámbito de admisibilidad de esta vía de amparo.

Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza y Usmagama⁵⁰:

En sentencia emitida el 25 de noviembre de 2009, la Corte Suprema reconoció derechos ancestrales de la totalidad de las aguas de la vertiente Socavón *Chusmiza*, ordenando su inscripción por un total de 10 litros por segundo de carácter consuntivo, permanente y continuo a favor de la comunidad indígena Aymara *Chusmiza-Usmagama*.

La sentencia de la Corte Suprema estableció que la constitución garantiza no sólo los derechos de aguas constituidos por acto de autoridad, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades Indígenas en el artículo 64 y 3° transitorio de la Ley Indígena 19.253 de 1993. La Corte sostuvo que el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido a la comunidad Aymara es de carácter consuetudinario y anterior a cualquier constitución originaria por acto de autoridad de derechos de aprovechamiento de aguas realizada a favor de terceros y, como corolario de ello, resulta previo al origen de los derechos inscritos por sociedades comerciales. Establece así el fallo que los derechos reconocidos en conformidad a la ley, cuya adquisición se produce a partir de ciertos usos y costumbres, no requieren de la respectiva inscripción para la prueba de su existencia.

En un aspecto clave para esta breve revisión jurisprudencial, afirma la sentencia que el reconocimiento de derechos a favor de las comunidades indígenas no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas. Expresamente, fundamenta su fallo señalando que conforme lo dispuesto en el

pueda hacer el ente público debiera convertirla en titular del dominio registral sobre la mayor parte del cerro Rahue, visibilizándose como el único medio legal, efectivo, de protección. Así, la transferencia de este espacio ancestral de significación cultural, la habilitaría como “propietaria” y podría impetrar todas las acciones pertinentes para la protección de este lugar.

En consecuencia, si la expectativa de compra se concreta por medio del Fondo de Tierras de la CONADI, verá amparado su derecho de orden cultural y ancestral, pero como “dueña” y no por medio del reconocimiento del derecho al acceso para fines culturales y de subsistencia (artículo 14.1 C. 169). La alternativa por la que se ha optado por razones estrictamente pragmáticas, no resuelve la dimensión colectiva, que ampara los derechos de las comunidades mapuche que junto a la Machi hacían uso del espacio, los cuales ahora quedarán supeditados a las decisiones de la “nueva propietaria”. Cambia el dueño, su comprensión del espacio y en consecuencia debiera mejor la situación concreta, pero en derecho el problema sigue sin resolverse.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1773-2008, de 16 de septiembre de 2009, considerando décimo primero.

⁴⁹ FAUNDES (2010), p. 99.

⁵⁰ Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009.

Convenio 169 de la OIT, que se refiere a la protección y al concepto de territorio en el sentido que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera, "alcanza la protección a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas"⁵¹. La Corte Suprema concluye entonces que tanto el Juzgado de Pozo Almonte como la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, "al aceptar la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas reconocido por la ley, no han hecho más que asegurar a la Comunidad Indígena Aymara de *Chusmiza-Usmagama* el ejercicio de la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre las aguas reconocido a su favor por el legislador"⁵².

Señaló la sentencia que el artículo 64 de la Ley Indígena 19.253 que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aymaras y Atacameñas cuando las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, de conformidad con el espíritu de la ley y con el Convenio N° 169 de la OIT, no es procedente restringir la presunción a la expresión "terrenos de la comunidad", sino que "deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas"⁵³. Agrega luego que se han reconocido y protegido "los recursos naturales que desde la época precolombina son utilizados por la comunidades indígenas andinas, quienes actúan y se sienten poseedores de derechos ancestrales sobre las aguas existentes en los terrenos en que se encuentran asentadas", de tal forma que el artículo en referencia tiene el sentido de dejar establecido que, precisamente, "quedan reconocidos legislativamente los derechos ancestrales de las comunidades aymaras y atacameñas sobre sus aguas, reconocimiento que además de garantizar su protección constitucional, permite solicitar su regularización y posterior inscripción"⁵⁴.

Si bien, como queda de manifiesto en este último alcance y en la propia Ley 19.253 (artículos 64 y 3 transitorio⁵⁵), los derechos de los pueblos andinos del norte de Chile a sus aguas de uso ancestral gozan de un especial marco de reconocimiento y protección, que no ha sido incorporado a la legislación interna con igual evidencia en el caso de los derechos a la propiedad ancestral (en las diversas formas que planteamos inductoriamente), la sentencia revisada sí deja establecido categóricamente que el concepto normativo de territorio, en el sentido indicado en el Convenio N° 169 de la OIT y con los alcances en que ha sido desarrollado evolutivamente por los organismos

⁵¹ Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009, cons. séptimo.

⁵² Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009, cons. cuarto.

⁵³ Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009, cons. séptimo. Destacado es nuestro.

⁵⁴ Corte Suprema, Rol N° 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009, cons. octavo.

⁵⁵ Artículo 64.- 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.

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.

Artículo 3º[transitorio].- La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley, un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aymaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2º del Título VIII.

Igualmente, la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aymaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley.

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por los distintos organismos que interpretan y controlan el cumplimiento del Convenio, sí debe ser incluido en la correcta hermenéutica legal bajo un enfoque de derechos humanos.⁵⁶

Al respecto, una aclaración necesaria radica en explicitar que el hecho de que exista un marco especial de protección en un caso (aguas de uso ancestral de los pueblos indígenas del norte de Chile), en nada implica una limitación para aplicar el concepto de territorio a otros pueblos indígenas que en la legislación interna no gozan de tal régimen especial de reconocimiento y protección, ya que los derechos territoriales asegurados internacionalmente, que ya revisamos, operan sin distinción alguna y una limitación que pudiese sostenerse en tal sentido sería contraria al artículo 35 del Convenio N° 169 que asegura la aplicación sistemática e integral del Convenio en complementariedad de la legislación nacional⁵⁷. Entonces, en lo que atañe a este trabajo, el fundamento de la incorporación del concepto de territorio radica en el carácter indígena de las tierras (terrenos) y en el derecho de los pueblos indígenas y sus comunidades a su protección en el ámbito territorial, reforzando y ampliando el mandato legal preexistente (artículo 64), pero en nada afecta –por el contrario habilita– la aplicación de los derechos territoriales a otros pueblos indígenas (y sus respectivas tierras), como los del sur de Chile (mapuche-*willliche*) en la medida que comparten un mismo derecho al territorio.

En consecuencia, destacamos en la especie que para la Corte Suprema, nuevamente, los derechos de los pueblos indígenas deben considerar un marco amplio de interpretación en materia de propiedad, que se extiende en el caso a los derechos de aguas existentes en predios que no son de su propiedad (están fuera de sus terrenos), pero sí dentro de su territorio, en un sentido ancestral del uso del espacio, constituyendo al mismo tiempo una limitación al derecho de dominio que podrían reclamar los terceros sobre tales aguas conforme el régimen legal ordinario en materia de aprovechamiento de aguas .

“Millaray Virginia Huichalaf Pradines y otros con Juan Heriberto Ortiz Ortiz”; caso “de la Represa Pilmaiken” o del “Ngen Mapu Kintuante”⁵⁸:

Un grupo de comunidades *mapuche-williche* recurrieron de protección constitucional por la tala ilegal de árboles en un sitio que ellos consideran sagrado, denominado ancestralmente como el *Ngen Mapu Kintuante*⁵⁹, por la afectación de su territorio

⁵⁶ En este trabajo al centrarnos en las cuestiones sobre tierra, territorio y sus alcances respecto de las formas de uso ancestral, no abordamos algunas cuestiones específicas referentes al artículo 64 de la Ley 19.253 antes referido, ni nos detenemos en otras explicaciones concurrentes a la doctrina plasmada en la sentencia en estudio. Por ejemplo, la necesidad de realizar una segregación jurídica entre el derecho de propiedad inmueble sobre las tierras propiamente tales y sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, más allá que “bañen” determinados predios. Tal distinción, *a priori*, podría facilitar la digresión realizada por la Corte para reconocer la titularidad sobre derechos de agua que afloran en el predio de otro propietario, aplicando hermenéuticamente y en particular una separación normativa que el legislador ya ha realizado en general en el Código de Aguas. O bien, la búsqueda que la sentencia realiza del espíritu del artículo 64 ya citado, en orden a favorecer la protección de las aguas de uso ancestral de los pueblos indígenas andinos, por sobre el propio tenor literal de la disposición referida, responde a la necesidad de interpretar armónicamente la Ley Indígena y ya en sí misma constituye una justificación relevante para lo resuelto, al margen del Convenio N° 169 de la OIT.

⁵⁷ “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”. Véase también: Faundes (2013.d), pp. 574-576; Faundes (2013.e), pp. 214-217.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013; Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014.

⁵⁹ Conforme descripción del considerando segundo de la sentencia Rol N° 501-2011 de la Corte de Apelaciones de Valdivia del 4 de mayo de 2012.

ancestral y, en especial, de sus actividades culturales, religiosas y espirituales, ceremonias tradicionales que se realizan regularmente en este lugar. La tala denunciada se vincula al proyecto de construcción de la Central Hidroeléctrica Osorno, de la empresa Pilmaiken SA., en el río del mismo nombre. Las comunidades reclamaron la protección de sus derechos sobre dicho espacio, fundadas en que la destrucción de este lugar sagrado, mediante la tala ilegal de árboles que poseen una connotación simbólica religiosa, porque corresponden al lugar donde “habitan” entidades sagradas como el *Ngen Mapu Kintuante*, integrante de su territorio ancestral, afectaba principalmente valores culturales y religiosos de los *mapuche-williche* en relación con la protección del medio ambiente, bajo una concepción comprensiva de estos valores.⁶⁰

Señalaron los recurrentes que se trataba de una tala ilegal de árboles milenarios que constituyen el cordón de protección y parte esencial del *Ngen Mapu kintuante*, espíritu fundamental de su cosmovisión religiosa como comunidades *mapuche-williche*. Agregaron que el acto realizado por el dueño del predio, impedía el normal desarrollo de las manifestaciones religiosas y espirituales mapuches, lo que conlleva inevitablemente la vulneración de la libertad de culto de las comunidades *mapuche-williche*.

Agregaron que este complejo religioso y ceremonial “permite proteger el territorio pre cordillerano de la comuna de Río Bueno, y por ello debe permanecer sin alteración alguna”. Asimismo, indicaron que desde su cosmovisión “el esplendor de la naturaleza y el aprovechamiento de la tierra y agua del entorno del río Pilmaiken, tiene su origen en el legado hecho por *chao ngenechen* (deidad máxima mapuche) a los habitantes del territorio mapuche y así es como generación tras generación los habitantes de este territorio han venido realizando el *Lepun* y *Nguillatun*, rogativas en dicha zona de la ribera del río Pilmaiken, donde reafirman su esencia como pueblo en pos de mantener el antiguo equilibrio entre el hombre y la naturaleza”. Explican que “la estrecha relación que los *mapuche-williche* mantienen con la madre tierra (*ñuke mapu*) debe ser comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica y que por ello la intervención del río y en particular del centro ceremonial es un grave perjuicio y su deber como pueblo es impedirlo”⁶¹. En consecuencia, solicitaron a la Corte de Apelaciones de Valdivia que ordene al recurrido “cesar en las actividades que afectan los derechos de los recurrentes y se les permita el libre acceso al *Ngen Mapu Kintuante* para ejercer sus actividades religiosas”⁶².

En este contexto, en una cuestión que resultará central para la resolución definitiva del Caso por la Corte Suprema, los recurrentes señalaron a la Corte de Apelaciones de Valdivia que el día 12 de Julio de 2011 las comunidades afectadas, que participan en la defensa del río Pilmaiken, y en especial del *Ngen Mapu Kintuante*, “iniciaron una ocupación pacífica respecto del predio en el cual se emplaza dicho centro ceremonial, correspondiente a la hijuela 3 del sector Carimallin, propiedad que si bien en la actualidad pertenece al recurrido, proviene de tierras que fueron usurpadas a las comunidades, encontrándose actualmente dichas tierras en proceso de solicitud de compra acorde el artículo 20 letra b) de la Ley N° 19.253 ante CONADI⁶³”.

Concretamente, fundamentaron su recurso en que la tala referida era un acto ilegal y arbitrario que vulneraba la normativa Constitucional, legal y reglamentaria aplicable en la materia. En particular que se vulneraban las garantías constitucionales de los números 6 y 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Esto es,

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. tercero.

⁶¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. segundo.

⁶² Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. quinto (grafemología en mapudungun normalizarla con la utilizada en el resto de nuestro texto).

⁶³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. tercero.

la libertad de conciencia (libertad religiosa) y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación⁶⁴. Así, se configura la vulneración de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan la moral, a las buenas costumbres o al orden público, conforme el artículo 19 N° 6 de la Constitución. Argumentaron que “dicha norma, protege la libertad religiosa en tres dimensiones específicas, la libertad de conciencia, la libertad de creencia y la libertad de culto, esta última contiene un deber positivo para el Estado, que tiene el deber constitucional de asegurar a todas las personas, la posibilidad de practicar el conjunto de ritos a través de los cuales se accede a aquello que se cree en materia religiosa”⁶⁵. Por ello, la intervención realizada por en este complejo ceremonial indígena “impediría a las comunidades *williche*, practicar los ritos que sustentan su creencia religiosa, vulnerándose la garantía de la libertad de culto contemplada en el artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental”. Asimismo, que el deber de protección de los sitios ceremoniales (en la especie *mapuche-williche*) se comprende en el deber del Estado de protección y respeto de las culturas originarias del país, que, a su vez, contiene la obligación de promover y resguardar las manifestaciones culturales indígenas, así como sus manifestaciones religiosas, según lo disponen, entre otros, los artículos 1 inc. 2°, 7 y 28 letra f de la Ley N° 19.253; y los artículos 4.1, 5, 8.2 del Convenio N° 169 de la OIT, que tiene la calidad de tratado internacional de derechos humanos.⁶⁶ En segundo término, fundamentaron su recurso en la vulneración de la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, según lo señala el artículo 19 N° 8 de la Constitución. En particular, que como consecuencia de la tala ilegal de las especies nativas que forman parte “del espacio tradicional en donde habita el *Ngen Mapu kintuante*, se produce también una grave afectación en el plano socio cultural de los derechos de las comunidades mapuche *williche* pues una serie de manifestaciones de su cultura tienen relación con la tierra y con el lugar donde se realizan éstas, afectándose el medio ambiente en el sentido preciso que señala el artículo 1° letra II de la Ley de Bases del Medio Ambiente, el cual entiende como un sistema global, inclusivo de los elementos socio culturales y sus interacciones”⁶⁷. En el mismo sentido fundamentan el recurso en el artículo 13.1 del Convenio 169 y en el Convenio sobre Diversidad Biológica (artículo 8.j), entre otros.

El caso fue resuelto en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Valdivia el 4 de mayo de 2012 (Rol N° 501 – 2011), manteniendo y ampliando los criterios de la jurisprudencia de casos anteriores (*Linconao* y *Chusmiza*). En resumen y para efectos de comprender los alcances del fallo definitivo (revocatorio) de la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Valdivia señaló que:

“... de conformidad al artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, se reconoce como garantía constitucional como se señalara en consideraciones anteriores, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a las buenas costumbres o al orden público, es necesario señalar que desde el 15 de Septiembre de 2009, se encuentra vigente en nuestro país, el Convenio 169 de la OIT, que contiene el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que en su artículo 2 señala en su número 1, que los estados deben asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblo indígenas y a respetar el derecho a su integridad, señalando en su numerando 2 que, esta acción debe incluir, letra b) que promuevan la efectividad de los derechos sociales

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. octavo.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. cuarto.

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. cuarto.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. quinto.

económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones... Que por su parte, el artículo 4 del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5, señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio”⁶⁸.

“Que habiéndose dado por acreditado la efectividad de corte de bosque nativo, sin autorización de Conaf, en territorio sagrado para la comunidad mapuche wuilliche, dado lo referido particularmente en informe de Conadi, y denuncia ante Juzgado de Policía Local, inequívocamente se ha vulnerado el derecho al ejercicio libre de todos los cultos, y además las normas del Convenio N° 169 de la OIT, que considera elemental respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas, que incluye su forma de manifestar su religiosidad, por lo que el actuar del recurrido es ilegal, pues ha violado la normativa constitucional y las normas del Convenio 169 de la OIT, que es ley para el Estado de Chile”⁶⁹.

No obstante los sendos argumentos que fundamentan la decisión de primera instancia, su concordancia con el estándar internacional de derechos humanos en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, antes expuesto, y la propia jurisprudencia del Máximo Tribunal sostenida en los casos Linconao y *Chusmiza*, ya descritos, la Corte Suprema en su fallo de septiembre de 2012⁷⁰, revocó la sentencia antes revisada, dando un giro jurisprudencial que resumimos en los próximos párrafos. Al respecto, en una apreciación preliminar, podemos indicar que la Corte Suprema, por una parte realiza un acto genérico de reconocimiento de los derechos, no obstante, acto seguido, argumentará ciertas las limitaciones a estos preceptos en relación con su aplicación a la especie, dejándolos en definitiva sin aplicación concreta⁷¹, lo que arroja que el efecto vulneratorio no solo se produzca como consecuencia del proyecto hidroeléctrico Pilmaiquen y/ o por la acción de tala ilegal realizada por el propietario civil registral, sino que también hay un efecto lesivo causado por la propia acción jurisdiccional que, al contrario de la obligación de amparo que le atañe, desconoció en la práctica la existencia de los derechos que debía proteger.

Primer acercamiento. Tierras y territorios:

“Que el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, entre las cuales está comprendida la propiedad indígena, la cual, por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regularlas, conjuntamente con otras materias y que en la actualidad tal estatuto es la Ley N° 19.253, que se refiere a todo el régimen aplicable para dicho caso.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. décimo segundo y décimo tercero.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. décimo quinto.

⁷⁰ Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012.

⁷¹ “Que de lo que se viene señalando se desprende que el ejercicio religioso que se pretende por parte de los recurrentes se encuentra garantizado en la Constitución y el instrumento internacional denominado Convenio 169 de la OIT, vigente este último desde el mes de octubre de 2008, pero al mismo tiempo encuentra sus límites en las mismas” (Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012, consid. séptimo).

... Que en el caso concreto habrá de establecerse que los terrenos sobre los que se requiere acceso ilimitado no han sido calificados como indígenas. En efecto, tratándose de un concepto jurídico con contenido antropológico, el artículo 12 de la Ley N° 19.253 ha previsto requisitos jurídicos y de hecho que deben concurrir copulativamente para otorgar la calidad de tierra indígena a un determinado territorio. Así, el mencionado precepto dispone que son tierras indígenas aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión proveniente de ciertos títulos mencionados en la ley⁷².

Según hemos explicado el alcance de los derechos territoriales que ampara el Convenio N° 169 de la OIT, como normas de derechos humanos, establecen un estándar obligatorio para el Estado que, por tanto, obligan a este, por una parte, a cumplir con las obligaciones internacionales ajustando sus acciones a los mandatos internacionales, lo cual implica tanto interpretar las disposiciones de derecho interno en un sentido acorde con el mandato internacional (como ocurre con el concepto de territorio en *Chusmiza*), como dejar de aplicar aquellas obligaciones derechamente contrarias al deber internacional y, por otro, adecuar progresivamente la legislación interna. En este sentido, el estatuto definitorio de las "tierras indígenas" contemplado en el artículo 12 de la Ley 19253, si bien no es *a priori* contrario a los derechos territoriales de los pueblos indígenas antes referidos, la interpretación que de él se haga puede reforzar tales derechos o afectarlos (según su interpretación restrictiva o extensiva), como ocurrió en la especie con el fallo de la Excelentísima Corte Suprema. Según ya vimos en la sentencia de *Chusmiza*, el precepto "terreno" de la Ley Indígena (artículo 64) fue interpretado en el sentido de "territorio", reforzando la protección indígena de estos espacios para incluir expresamente, desde la legislación interna, los derechos a las aguas de uso ancestral en un espectro más amplio de situación que la mera circunscripción a terrenos o predios específicos. Sin embargo, en la sentencia del caso Pilmaiquen, la Corte Suprema invierte el ejercicio hermenéutico en el sentido de entender que el reconocimiento de los derechos al territorio debe adecuarse a la exégesis literal del artículo 12 de la Ley 19.253, por tanto, con ello, restringe el alcance de los derechos territoriales a las tierras que la Ley 19.253 (con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio N° 169) ha definido como indígenas en base a un estricto *numerus clausus*. De tal forma que la falta de un título inscrito de propiedad o bien, como ocurre concretamente en el caso, la falta de un título histórico de reconocimiento de los derechos por parte del Estado (alguno de los indicados en el artículo 12 de la Ley 19.253), margina de toda protección a las comunidades que han utilizado este espacio "sagrado" ancestralmente, bajo una evidente forma de utilización del espacio de naturaleza tradicional indígena ("de una u otra manera"), colectiva y religiosa, que conforme el Convenio N° 169 de la OIT y el estándar internacional de derechos humanos que integra, debía ser amparada por el Estado de Chile, pero que tanto mediante los actos de tala ilegal del particular "propietario", como producto de las obras de la Central Hidroeléctrica Osorno y la propia sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, son vulnerados.

Segundo acercamiento. Reconocimiento de la forma de ocupación ancestral:

"Que el supuesto fáctico sobre el que se ha deducido la acción cautelar es que por un lado se estaría afectando, por medio de tala ilegal un sitio que formaría

⁷² Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012, consids. octavo y noveno.

parte de un complejo religioso, y por otro, la imposibilidad de acceder a él, razón por la cual se solicita libre acceso al mismo [...]⁷³

... Que en este contexto la denominada "ocupación pacífica" que han desarrollado del predio de Juan Heriberto Ortíz Ortíz los recurrentes no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues no existe norma alguna en los mismos que habilite a conjunto alguno de persona para por sí mismos alterar y vulnerar derechos pre constituidos, pues aceptar ello es validar la autotutela, medio de resolución de conflictos relevantes jurídicamente proscrito en nuestro sistema jurídico procesal.

... Que en razón de lo concluido, el acto realizado por los recurrentes consistente en una ocupación del terreno de propiedad del recurrido importa y constituye una acción ilegal de autotutela pues a través de una vía de hecho se altera y lesiona una situación preexistente sin que exista habilitación legal o judicial para ello, debiendo en consecuencia ser calificada como arbitraria y atentatoria de la garantía cautelada en el artículo 19 N° 24° de la Constitución Política de la República...⁷⁴.

Debe especificarse en forma previa al análisis de estos considerandos el que en la especie hay dos "ocupaciones" que concurren en el caso, por una parte, el "acceso" tradicional, propio de los ciclos de verano, en que las comunidades recurrentes concurren a este sitio ceremonial para realizar sus actividades religiosas ancestrales, propias de su cosmovisión, respecto de la cual se ha solicitado la protección constitucional. Por otra, los propios recurrentes informan de una ocupación pacífica, reciente y contingente, vinculada a las acciones de "defensa" del *Ngen Mapu Kintuante*, respecto de la cual, en estricto rigor, no se ha solicitado protección, sino que más bien se ha utilizado como medio de llamar la atención pública enmarcado en sus negociaciones con el Estado para que éste utilice el Fondo de Tierras del artículo 20 de la Ley 19.253 y, de paso, les permitió evidenciar la vulneración flagrante de los derechos reclamados y de la legislación forestal interna. Esta segunda "ocupación" no es el objeto de amparo requerido a la Corte Suprema, con lo que el fallo en sus referencias a una suerte de "autotutela" como motivo ilícito que impide la protección constitucional yerra en sus argumentos, lo cual puede abordarse brevemente bajo dos supuestos. Uno (que no parece ser el caso), el que las actividades tradicionales de acceso al sitio ceremonial desarrolladas ancestralmente constituyan, a juicio de la Corte Suprema, en sí, acciones de "autotutela". De considerarse de esta forma, el criterio de la Corte sentaría un precedente contrario al mandato internacional que obliga a reconocer las formas tradicionales de uso y acceso de la propiedad (territorios), por sobre la existencia de propiedad registral o del reconocimiento oficial del Estado. Ello contradeciría tanto los mandatos internacionales como su propia jurisprudencia que ha reconocido la posesión material sobre la posesión inscrita en diversos casos⁷⁵. O bien, la segunda alternativa, por cierto también errónea (que en nuestra estimación pareciera ser la que ha seguido el Máximo Tribunal), ha sido la de

⁷³ Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012, cons. cuarto

⁷⁴ Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012, consids. décimo y undécimo.

⁷⁵ Corte Suprema, Rol 7655-08, de 29 de septiembre de 2010, casación.

Una diferencia con el caso de la especie estudiado, radica en que esta otra línea jurisprudencial se conoció el asunto de la propiedad por la vía ordinaria de lato conocimiento, mientras en el caso Pilmaiquén se trató de un recurso de protección que nada dice respecto del reconocimiento formal de la propiedad indígena en sí, pero que en la perspectiva de la Corte Suprema se limita solo al amparo de derechos que ésta considera indubitados. No obstante, en el caso concreto de Pilmaiquén, nos interesa el tratamiento dado a la forma de ejercicio del derecho, en cuanto, para efectos de la protección constitucional, la ocupación material de carácter colectiva tradicional (acceso en los ciclos de verano para fines ceremoniales), no fue considerada como una forma legítima de ejercicio del derecho de propiedad, pese a estar fundada en derecho y por tanto ser merecedora de amparo constitucional.

confundir o asimilar la acción de movilización social, en denuncia pública y defensa de sus derechos territoriales ancestrales, con los derechos mismos cuya tutela se reclama. Cualquiera sea la situación y/ o la razón implícita de los máximos sentenciadores, la sentencia se aparta abiertamente del mandato internacional.

Tercer acercamiento. Derecho a un procedimiento breve, sencillo y eficaz:

“Al respecto cabe consignar que la legislación contempla las acciones y procedimientos adecuados para obtener judicialmente el reconocimiento de tierra indígena del inmueble en cuestión, y mientras ellos no sean ejercidos no resulta lícito proceder como se ha hecho, ello pues el proceso, en tanto exclusión de la autotuleta cumple dos objetivos: por un lado la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y por otro, la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley.”

... Que en el evento de existir infracción a la Ley N° 20.283 habrá de ser resuelta en la sede jurisdiccional que se encuentra conociendo ya de la denuncia formulada por la Corporación Nacional Forestal en el mes de julio del año 2011.

... Que en razón de lo dicho el recurso deberá ser rechazado, sin perjuicio de los derechos que puedan hacerse valer en los procedimientos que correspondan⁷⁶.

Este fallo de la Corte Suprema se aparta del criterio manifestado en el caso de la Machi Francisca Linconao, en el sentido que el Recurso de Protección como recurso “sencillo y eficaz” es una vía legítima y efectiva para reclamar la protección de los derechos de los pueblos indígenas contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT, de conformidad al mandato del artículo 12 del mismo Convenio y al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En dicho caso, si bien la parte recurrida (también infractora de normas regulatorias en materia forestal) alegó la improcedencia del Recurso de Protección por existir un procedimiento especial aplicable (Procedimiento ante los Jueces de Policía Local, mismo concurrente al caso Pilmaiquen), el fallo confirmado por la Corte Suprema consideró que el Recurso de Protección era una vía de amparo de los derechos que favorecen a los pueblos indígenas, emanados del Convenio N° 169, que permite cumplir con el estándar internacional fijado en la materia, por el propio Convenio (artículo 12) y por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 25 y 8)⁷⁷.

Así, en la sentencia del caso Pilmaiken, según se cita más arriba, se establece precisamente lo contrario, señalando que la protección constitucional no es la vía pertinente para dichas infracciones regulatorias en materia forestal, sino que el procedimiento incoado en Policía Local.

Por otra parte, si bien la Corte Suprema no niega, *a priori*, la posibilidad de que puedan ser reconocidos los derechos de las comunidades *williche* sobre el sitio ceremonial, plantea que ello no procede sea conocido vía Recurso de Protección, sino que puede “hacerse valer en los procedimientos que correspondan”, esto es, un juicio de lato conocimiento (ordinario) o bien, si se dan los supuestos, un juicio especial de la Ley 19.253 (artículo 56). En esta última cuestión, de apariencia procesal, se contiene un problema central que dice relación con la protección efectiva de los derechos propios de la territorialidad indígena, tanto en el alcance y sentido del concepto territorio, como respecto de las formas tradicionales indígenas de relación con el espacio, que referimos como el uso ancestral y los derechos de acceso para fines culturales. En el caso Pilmaiken se reclamó respecto de la tala forestal ilegal, no solo como una mera vulneración en el ámbito regulatorio forestal, sino porque tal acto

⁷⁶ Corte Suprema Rol 3.863-2012, de 21 de septiembre de 2012, consid. undécimo, duodécimo, décimo tercero.

⁷⁷ FAUNDES (2010), p. 99.

ilegal involucraba en sí la vulneración de derechos fundamentales asegurados en la Constitución y en el Convenio N° 169 de la OIT, derechos que no son comprendidos por la normativa legal. De esta forma, la infracción legal en materia forestal (Ley 20.283), por una parte, es uno de los requisitos de procedencia para el Recurso de la Protección Constitucional, que exige un "acto ilegal" (artículo 21 de la Constitución), y, por otra, su respeto, en general, también facilita el ejercicio de los derechos indígenas en tanto aporta a la preservación del entorno ambiental. Sin embargo, en cualquiera de los casos, las infracciones forestales no constituyen el bien jurídico objeto de protección constitucional. Al mismo tiempo, en el plano interno chileno no existe otro medio vigente (aparte del recurso de protección constitucional) para el amparo del derecho a la identidad cultural, particularmente en sus expresiones religiosas de arraigo territorial que se sostienen en la preservación del entorno ambiental (hábitat), como en la especie, por lo que su protección constitucional resulta imprescindible y es, en concreto, el único medio idóneo que el derecho interno chileno ofrece al efecto. Por el contrario, al reconducir la acción de protección (Artículo 20 de la Constitución) al procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, se impide desde ya el resguardo de los derechos fundamentales reclamados, en su dimensión indígena territorial, ya que están fuera de la competencia de este órgano jurisdiccional.

Finalmente, cuando la Corte Suprema expresa que el Recurso de Protección (solo) ampara derechos preexistentes (entiéndase indubitados) y que la discusión sobre su existencia sería materia de otro tipo de procedimiento de carácter ordinario, como se explicó: por una parte, se está negando el reconocimiento y protección que se otorga a estos espacios de significancia cultural por el solo ministerio del derecho (Convenio N° 169 de la OIT, vinculante para Chile), esto es, con prescindencia del reconocimiento oficial que pueda formular el Estado⁷⁸; y, por otra, se está supeditando los derechos indicados a un procedimiento que no ofrece marco de protección alguna en el interprocesal, permitiendo la consumación de la situación fáctica vulneratoria (tala ilegal, inundación del entorno), con lo que los derechos, si llegan a ser reconocidos en un tal proceso de lato conocimiento, pueden llegar ser solo un reconocimiento nominal, si en el tiempo intermedio se construye el proyecto hidroeléctrico y se destruye el entorno natural que constituye el sitio ceremonial cuya protección se reclama.

En consecuencia, como se ha venido planteando, la reconducción de la sentencia a un eventual proceso de lato conocimiento, opera con un efecto lesivo en sí y, al mismo tiempo, configura denegación de justicia que es habilitante como agotamiento de los recursos internos. De esta forma, al tenor de la sentencia, la situación jurídica de fondo y procesal encamina, sin otras alternativas que puedan resultar visibles, a que el caso pueda ser denunciado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos buscando el amparo fundado en derechos reconocidos a los pueblos indígenas, vinculantes para Chile y de los que gozan los reclamantes de la causa estudiada que por la vía de la protección constitucional ha sido negado.

⁷⁸ El reconocimiento oficial del dominio por los pueblos indígenas sobre sus territorios no es un acto discrecional y libre de la voluntad estatal, sino una obligación (CIDH, 1999, párr. 19). Los Estados están obligados a adoptar medidas efectivas para reconocer el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado y usado [CIDH, 2004, párr. 193]. La obligación del Estado de reconocer y garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad comunal por los pueblos indígenas exige, necesariamente, que el Estado "adopte las medidas correspondientes para proteger el derecho del pueblo [indígena o tribal correspondiente] en su territorio, incluido el reconocimiento oficial de ese derecho" (CIDH, 2004, párr. 132).

“Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional y Nacional de Aguas”⁷⁹

En último término, examinaremos algunas cuestiones relevantes de la causa caratulada “Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional y Nacional de Aguas”, correspondiente a la reclamación que formula la empresa minera estatal CODELCO ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta contra la Dirección General de Aguas (DGA), en el marco del procedimiento especial previsto en el artículo 137 del Código de Aguas y el posterior recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia denegatoria de tal reclamación, conocido por la Corte Suprema, dado que la DGA rechazó la solicitud de exploración de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, en resguardo de los derechos ancestrales a las aguas superficiales extraídas del Río Toconce por la comunidad atacameña de Toconce, constituidos formalmente a favor de ésta (para los solos efectos de este trabajo lo llamaremos resumidamente “Caso Toconce”)⁸⁰.

La Corte Suprema rechazando el recurso de casación en el fondo indicado, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (la cual invoca el Convenio N° 169 de la OIT) y reiteró la doctrina que reserva la potestad de esta última para conocer del fondo como tribunal de instancia, con lo que avaló la tesis de un régimen jurídico especial en favor de las comunidades indígenas andinas del norte de Chile, según venimos sosteniendo y revisaremos más adelante en relación con este fallo⁸¹. Asimismo, el Máximo Tribunal, haciendo suyos los argumentos de la resolución administrativa de la DGA⁸², avalados por informes de CONADI y del Ministerio de Bienes Nacionales, permite reafirmar la doctrina ya planteada en los casos Linconao y especialmente *Chusmiza*, conforme la cual se reconocen derechos territoriales, esta vez en relación con tierras fiscales reivindicadas por la comunidad atacameña de Toconce como parte de su territorio ancestral⁸³.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, 28 de agosto de 2013; Corte Suprema, Rol 14.003-13, 15 de mayo de 2014.

⁸⁰ El caso aquí revisado es diferente y más reciente del conocido públicamente como “Caso Toconce”, correspondiente a la causa Rol 986-2003 de la Corte Suprema, fallada el 22 de marzo de 2004 (a la fecha Chile aún no ratificaba el Convenio N° 169 de la OIT), en que la misma Comunidad de Toconce logró el reconocimiento preferente de sus derechos de aguas ancestrales, por sobre las pretensiones de la empresa sanitaria ESAN S.A. que poseía derechos de aprovechamiento de aguas inscritos sobre las mismas aguas, reconociendo que la propiedad indígena sobre las aguas deriva de su práctica consuetudinaria y es constitutiva de dominio de conformidad a los artículos 64 y 3 transitorio de la Ley 19.253 (AYLWIN, *et al*, 2013, p. 177).

⁸¹ Según se indica en el fallo de casación, se encuentra acreditado que:

- a.- Los terrenos sobre los cuales recae la solicitud de exploración deducida por Codelco permanecen en el patrimonio fiscal;
- b.- La Comunidad de Toconce es dueña de derechos de aprovechamiento sobre el Río Toconce por un caudal de 100 litros por segundo, debidamente inscritos en el año 2004;
- c.- El Río Loa se encuentra agotado, conforme la declaración contenida en la Resolución DGA. N° 197, de fecha 24 de Enero del año 2000;
- d.- La Comunidad Indígena Atacameña de Toconce se encuentra tramitando una postulación territorial gratuita que abarca el área solicitada para explorar, terrenos que se están regularizando ante la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales para ser transferidos a la Comunidad de Toconce; y
- e.- Tales terrenos son parte del Área de Desarrollo Indígena declarada como tal mediante Decreto Supremo N° 70 del Ministerio de Planificación y Cooperación, de 10 de marzo de 1997” (Corte Suprema, Rol 14.003-13, 15 de mayo de 2014, cons. quinto)

⁸² Resoluciones Exentas DGA. II N°346, de fecha 29 de Junio de 2011, de la Dirección Regional de Aguas de Antofagasta, y DGA. N°3653, de fecha 27 de Diciembre de 2012, de la Dirección General de Aguas.

⁸³ Las tierras reivindicadas y en proceso de regularización corresponden a un polígono que “se inserta en un 100% de su superficie en la demanda territorial de la Comunidad Atacameña de Toconce, además de sobreponerse en un 94.75% (6.228,53 hás.) dentro de los terrenos que se están regularizando en la Seremía de Bienes Nacionales para ser Transferidos a la Comunidad de Toconce cuyo N° Postulación es 492619 con una superficie de 26.913,56 hás. y denominada Colana Cabana terreno para uso de campos de pastoreo” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, 28 de agosto de 2013).

La Corte Suprema, al confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, permitió proteger los derechos sobre las aguas superficiales de la Comunidad de Toconce que eran susceptibles de ser afectados por la solicitud de exploración de aguas subterráneas planteada por CODELCO, como resolvieron la DGA y la Corte de Apelaciones de Antofagasta, fundas en que la solicitud se circunscribe al territorio ancestral atacameño que integra la comunidad usuaria de las aguas superficiales. La Corte Suprema, aunque fue cuidadosa en referir conceptualmente a terrenos o tierras de las comunidades, en la práctica, su resolución trata estos espacios como territorio indígena, en especial porque les reconoce la potencia de generar consecuentes limitaciones para el Estado, titular formal de la propiedad registral y conjuntamente para este en la actuación de la minera estatal CODELCO, como solicitante de derechos de exploración de aguas subterráneas. Como veremos, la argumentación específica en base al concepto de territorio contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 13, 14 y 15) se reserva para las consideraciones de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, no obstante, la Corte Suprema, resuelve sobre la base de tal marco normativo.

La empresa cuprífera, sustentó su tesis en dos aspectos, por una parte, en la propiedad registral del Estado en la zona de exploración de aguas subterráneas. Y, por otra, en el derecho que tendría a la concesión de exploración, en la medida que cumpliría con los presupuestos legales exigidos para la obtención de tales derechos exploratorios. En ambos casos, como derechos oponibles y preferentes a la reclamación como propiedad ancestral de esta comunidad atacameña, la cual, administrativamente no se encontraba a la fecha del recurso formalizada y, por tanto, sin dominio registral consolidado⁸⁴. Si para efectos de análisis seguimos por un momento el argumento de la minera reclamante, en la medida que CODELCO cumplía con los presupuestos que el Código de Aguas exige para que se acoja administrativamente su solicitud de exploración de aguas subterráneas, se configuraría el derecho a adquirir los derechos de exploración indicados, con lo que la negativa de la DGA (al margen de los derechos territoriales y a los recursos naturales que la comunidad indígena atacameña de Toconce reclama), estaría en la situación jurídica potencial de tener que acoger la solicitud de la empresa minera pública. Ello pudo constituir la denegatoria en ilegal y/ o arbitraria, como expresamente reclamó la minera estatal. Sin embargo, el rechazo de tal planteamiento, entre otros, tuvo como argumento central la existencia de derechos territoriales reconocidos por el Convenio N° 169 de la OIT, incorporados al derecho chileno, según correctamente argumentaron la comunidad atacameña afectada, la DGA y la Corte de Apelaciones de Antofagasta, respectivamente, todo, confirmado por la Corte Suprema.

Para alcanzar su convicción, la Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Corte Suprema resolvieron con el mérito de la tramitación administrativa de regularización de tierras del Ministerio de Bienes nacionales de la reclamación territorial ancestral sostenida por la comunidad de Toconce, sin la existencia actual de títulos de dominio sobre tales espacios⁸⁵. Consecuentemente, por cierto, tal resolución implicó el amparo

⁸⁴ En este sentido, CODELCO indicó en su reclamación que:

"... los jueces incurrir en un error de derecho al estimar que el legislador ha instituido un régimen jurídico especial a favor de los pueblos indígenas en desmedro de la normativa constitucional y legal que regula el derecho de propiedad" y que la negativa reclamada, pasaba "por sobre el derecho de propiedad del Estado reconocido en el Código Civil, en la Ley sobre efecto Retroactivo de las Leyes y en la propia Carta Fundamental, reconociendo y prefiriendo, en cambio, una mera expectativa de derecho que asiste a la Comunidad Atacameña de Toconce" (Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014, cons. primero).

⁸⁵ Esta situación jurídica –aunque, como hemos explicado, no compartimos la reclamación de CODELCO- fue expresamente invocada por la empresa pública recurrente:

"... la Corte de Apelaciones de Antofagasta incurrió en una errada aplicación de los fundamentos y una defectuosa interpretación y aplicación de las normas que se dice infringidas, al concluir erróneamente que la solicitud para explorar aguas subterráneas perjudicaría los 'derechos' de la Comunidad Indígena

de los derechos sobre las aguas del Río Toconce que ancestralmente usa la comunidad Toconce, reconocidos por el solo ministerio de la Ley (artículo 64 de la Ley Indígena) y que en este caso en particular están legalmente constituidos tras una larga lucha judicial que sostuvo la comunidad por su reconocimiento⁸⁶. Recordemos que el marco de la protección jurídica que otorga la legislación interna chilena está dada por el artículo 64 de la Ley Indígena N° 19.253 que literalmente habla de terrenos, pero que la misma Corte Suprema ha asumido como voz hermenéuticamente aplicable de "territorio", según lo señaló expresamente en el Caso *Chusmiza* ya revisado y se reitera en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del caso Codelco DGA (Toconce) en estudio, confirmada por la Corte Suprema, con toda la carga normativa que esta expresión (territorio) adquiere a la luz del Convenio N° 169.

A continuación revisamos algunas cuestiones relevantes que, como venimos revisando, pueden desprenderse a partir de las consideraciones de los fallos en estudio de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y de Excelentísima Corte Suprema:

El Convenio N° 169 de la OIT como fundamento de los derechos territoriales de las comunidades aymaras y atacameñas:

"... no es posible concluir... la unidad e interdependencia de las tierras aymaras y atacameñas con sus recursos hídricos, sin recordar que con fecha 27 de Junio de 1989, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que fuera aprobado por el Congreso Nacional y que desde el año 2009 pasó a formar parte de nuestra legislación, y que en los aspectos relevantes que se relacionan de una u otra manera con la materia en análisis, preceptúa en el N° 1 de su artículo 13, que los gobiernos al aplicar las disposiciones del Convenio, deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan, agregando bajo su numeral 2, que la utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 debe entenderse que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan. En cuanto a la necesidad que los gobiernos respeten la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios, en el N°1 de su artículo 14, previene que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, como asimismo tomarse medidas dirigidas a salvaguardar su derecho a utilizar tierras

de Toconce quien ha solicitado al Fisco la transferencia gratuita de dichos terrenos, ya que al encontrarse pendiente tal petición, la comunidad indígena tiene sólo una mera expectativa de llegar a obtener tal inmueble y ella no forma o constituye derechos, tal como lo prevé el inciso primero del artículo 7° de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

En consecuencia, al no tener incorporado en su patrimonio ningún derecho sobre los terrenos, la Comunidad Indígena de Toconce no puede sentirse afectada por la solicitud de exploración de aguas subterráneas respecto de tales predios, sin resultar aplicable lo dispuesto en el artículo 14 letras b) y d) de la resolución DGA N° 425, de 2007. Contrariamente a lo resuelto, los jueces debieron haber respetado el derecho adquirido del Fisco de Chile, protegido por los numerales 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en tanto propietario del inmueble y aplicar lo preceptuado en el artículo 58 inciso 4° del Código de Aguas, otorgando la autorización de exploración solicitada, ya que recae sobre un bien nacional de uso público que es administrado por el Presidente de la República a través del Ministerio de Bienes Nacionales". (Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014, cons. primero -lo destacado es nuestro-).

⁸⁶ Derechos de aprovechamiento de aguas de uso ancestral por 100 l/s sobre el Río Toconce, conforme sentencia judicial inscrita a fs.29 N°18 del Registro de Propiedad de Aguas de El Loa, año 2004. Sentencia Rol N° 986-2003, de 22 de marzo 2004.

que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido ancestralmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes y bajo los N°s.1 y 2 de su artículo 15, dispone primeramente, refiriéndose a la obligación que tiene el Estado respecto de los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, que éstos deberán protegerse especialmente, debiendo comprender el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos y que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad 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, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, e incluso tendrán derecho a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”⁸⁷.

Entonces, las obligaciones que el Convenio N° 169 establece en materia territorial se consideran como parte del marco vinculante que los órganos del Estado deben seguir con especial acento en la protección de los derechos de los pueblos indígenas respecto de territorios y recursos naturales. Queda claro con el fallo citado, confirmado por la Corte Suprema y en la misma línea sostenida ya en 2009 en el caso de la Comidad Chuzmiza, que las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, lejos de mera retórica o de considerarse con un alcance solo programático, son asumidas con carácter plenamente vinculante y como mandatos de aplicación directa que no requieren adecuación legislativa. Tal efecto queda corroborado en la determinación misma, tanto de los entes administrativos, como de los jurisdiccionales, que deniegan la solicitud de derechos de exploración de aguas subterráneas, fundados, entre otros, en esta normativa internacional, según se lee concretamente del texto citado y se desprende del tenor integral de la sentencia. Por cierto, como mandata el artículo 35 del Convenio N° 169 de la OIT, la aplicación de las disposiciones de este tratado internacional se debe realizar y se realiza integrándolo sistemáticamente a las obligaciones que la legislación nacional contempla en favor de los pueblos indígenas⁸⁸.

Configuración del derecho al territorio, como derecho vinculante y adquirido, por sobre la propiedad registral:

“Codelco-Chile, sostiene que la Comunidad Indígena de Toconce, no es dueña, titular ni propietaria de ningún derecho sobre los terrenos del sector de Pampa Peineta, la Comunidad sólo tendría la ‘mera expectativa’ de llegar a obtener lo solicitado y la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, dispone que las ‘meras expectativas’ no forman o no constituyen derechos. Subyace entonces en el planteamiento de la recurrente la idea de que sólo desde el momento en que acaezca el hecho habilitante, esto es el pronunciamiento de la autoridad que accede a la petición de concesión gratuita de los terrenos, sólo desde ese instante el sujeto habrá adquirido ese derecho y lo habrá ingresado a su patrimonio”⁸⁹.

⁸⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013, cons. vigésimo sexto.

⁸⁸ FAUNDES (2013.e), pp. 214-217.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013. Cons. trigésimo segundo.

“La Comunidad Indígena de Toconce no ostenta únicamente una mera expectativa respecto de su petición de transferencia de los terrenos, por cuanto los integrantes de la etnia en referencia están amparados por un estatuto especial que les reconoce derechos que no precisan del acaecimiento de ningún hecho o declaración de autoridad para que se entienda que los ampara, a diferencia de las meras expectativas, que constituyen circunstancias esencialmente eventuales en la medida en que constituyen sólo una esperanza de adquisición de un derecho cuando ocurra el hecho que posibilite que se lo incorpore al patrimonio. La posición de la comunidad indígena antes aludida debe analizarse y aquilatarse dentro del contexto sistemático creado por la Ley N° 19.253, del que por el sólo ministerio de la ley forma parte, motivo por el cual el hipotético acaecimiento de un hecho no puede asemejarse al resultado de la gestión que la comunidad indígena actualmente conduce para obtener la transferencia gratuita de los terrenos fiscales, por cuanto la normativa que se aduce para fundar la Postulación N°492619, no ha importado el aventurarse en una gestión de aleatorio desenlace, sino que, por el contrario, forma parte integrante de un sistema que creó una determinada institucionalidad y un régimen de derechos dirigidos a proteger a una parte de la población del país, lo que en definitiva habrá de conducir a la aplicación del estatuto especial legalmente establecido que genera para éstos los derechos y prerrogativas que en él se contemplan. Por lo demás, de los antecedentes que obran en autos es dable colegir que la solicitud de transferencia gratuita efectuada por la Comunidad Indígena de Toconce, en definitiva, será acogida”⁹⁰.

En la consideración sistemática de los argumentos de los fallos recaídos en esta causa (Corte de Apelaciones de Antofagasta y de Corte Suprema), podemos afirmar que se reconocen derechos de naturaleza territorial, conforme las disposiciones de la Ley N° 19.253, del Convenio 169 de la OIT y el Decreto N° 70 de Mideplan, del año 1997 (que crea el Área de Desarrollo Indígena del Loa), por sobre el derecho de propiedad del Estado, en relación a los terrenos de la Comunidad Indígena de Toconce. Se sostiene así en las sentencias que los espacios que comprende la zona de exploración de aguas subterráneas solicitadas por CODELCO aunque son de “propiedad fiscal” y sin perjuicio de que la comunidad Toconce no tiene actualmente derechos de propiedad inscritos registralmente sobre los mismos, corresponde a los organismos del Estado actuar en favor de la comunidad porque le cabe un deber de protección que se funda de pleno derecho en los derechos de esta comunidad atacameña sobre el territorio y sus recursos hídricos, por sobre la existencia de propiedad registral constituida en este caso en favor del mismo Estado:

“... no resulta homologable esta condición de ser titular sólo de una mera expectativa, articulada por la recurrente, con la condición de los integrantes de una etnia a los cuales el estatuto especial que los ampara les reconoce derechos que no precisan del acaecimiento de ningún hecho o declaración de autoridad para que se entienda que los ampara.

“... la tesis que sirve de basamento principal al recurso interpuesto y que, como ya se ha dicho, se hace consistir en que la comunidad indígena carecería de todo derecho en los terrenos materia de la solicitud de exploración, no se condice con la realidad en la medida en que de la normativa que someramente se ha citado aparece que nuestra legislación si le reconoce a los opositores derechos sobre los terrenos de que se trata”⁹¹.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 14.003-13, de 15 de mayo de 2014, cons. séptimo N° 3. Destacado es nuestro.

⁹¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 235-2013, de 28 de agosto de 2013, cons. trigésimo cuarto.

Como hemos venido sosteniendo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Corte Suprema, derechamente, prescinden del proceso formal de titulación para reconocer los derechos territoriales de la comunidad Toconce. En este sentido, la discusión que se plantea en cuanto a la existencia de una mera expectativa (de las comunidades atacameñas), versus el dominio sobre las tierras fiscales por parte del Estado, da cuenta de una cuestión de corte central.

La posición que no reconoce los derechos indígenas territoriales en el caso, en especial a la protección de las aguas superficiales de la comunidad sobre el Río Toconce, reduce tales derechos a una mera expectativa en relación a los derechos de propiedad registralmente entendidos. Sin embargo, el reconocimiento de este "régimen especial de protección", sin la existencia de derechos de propiedad inscrita, pero sí a la luz de la densidad de los derechos territoriales de que gozan las comunidades indígenas andinas ("adquiridos"), susceptibles de constituir el fundamento de la protección de los recursos naturales, en este caso de las aguas, conduce al entendimiento de los derechos al territorio en una recompreensión del sentido de la propiedad civil estricta, como precisamente indicó la Corte Interamericana en el caso *Awás Tigni* al interpretar el artículo 21 de la Convención Americana, según ya establecimos en la segunda parte de este trabajo.

Luego, desde ya podemos asentar al tenor de estas sentencias, que los derechos de los pueblos indígenas a su territorio no empecen a la existencia de otros titulares de derechos formales sobre los mismos, privados o del Estado, total o parcialmente. Asimismo, son antecedentes previos a actos formales de reconocimiento registral o de administración estatal y abordan dimensiones más amplias como la de los recursos naturales que existan en éstos, como veremos a continuación.

Comprensión integral del territorio sostenida en la unidad e interdependencia de las tierras de los pueblo indígenas andinos con sus aguas:

"VIGÉSIMO QUINTO: Que, de este somero análisis es dable apreciar que el legislador ha instituido un régimen jurídico especial a favor de los pueblos indígenas, el que recogiendo en gran medida los planteamientos formulados por sus organizaciones durante largos años, ha sido enfático en cuanto, a partir de su reconocimiento, velar por la custodia e integridad del patrimonio de sus integrantes y sus familias y comunidades impulsando su participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, de manera de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan su mayor realización espiritual y material posible, y a partir del reconocimiento de la vinculación indivisible existente entre la tierra y las aguas de los terrenos de las comunidades aymaras y atacameñas, fundamento principal de su existencia, no sólo admitir el valor de la tierra como hábitat cultural, considerando fondos y programas destinados a obtener la restitución de tierras y aguas, sino que desafectando a estas últimas de su calidad de bien nacional de uso público que a este recurso hídrico le reconoce el código de la especialidad, le reserva un régimen especial de protección".

La sentencia consagra la existencia de un régimen especial de protección de las aguas de los pueblos indígenas andinos, fundada en una comprensión integral del territorio que supone la unidad e interdependencia conceptual y material de las tierras aymaras y atacameñas, vistas como territorio (esto es, como vimos, más allá de los terrenos

titulados) con sus recursos hídricos⁹². En consecuencia, los derechos amparados jurisdiccionalmente no se agotan en el dominio sobre el predio superficial, sino que se hacen extensivos a otras dimensiones de la propiedad, como las aguas existentes en el territorio.

Por ello, la sentencia rechaza, precisamente, la solicitud de derechos de exploración de aguas subterráneas basada en que tal eventual exploración es susceptible afectar los derechos de la comunidad de Toconce, lo que da cuenta del reconocimiento de una dimensión territorial, más amplia, comprensiva de los recursos naturales existente en ellos, de conformidad al estándar internacional, aplicado evolutivamente, en la materia.

En consecuencia, siguiendo la doctrina de estas sentencias, expresada en los párrafos citados, el derecho de los pueblos indígenas a su territorio comprende dimensiones más amplias que la mera propiedad sobre la tierra, alcanzando su derecho al resguardo los recursos naturales que existen en éstos, como los del subsuelo o los hídricos, incluso aunque tengan un sistema de constitución y registro diferenciado y amparado Constitucionalmente, como en el caso de Chile.

Conclusiones a la luz de las principales doctrinas de los fallos estudiados:

1.- Transitando desde la noción de tierras indígenas al de territorio y el hábitat como concepto integrador:

Con el fallo del caso Linconao, la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema dieron el primer paso hacia una recomposición del sentido del derecho de propiedad en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En particular, este fallo viene a operativizar la relación normativa-conceptual entre tierra, territorio y hábitat que servirá como fundamento general para la aplicación en Chile de los derechos que en materia territorial son exigibles a partir de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT.

Esta primera lectura del Convenio N° 169, por su parte, arroja dos consecuentes líneas de amparo jurídico que se pueden resumir brevemente. Por una parte, se reconoce expresamente el reconocimiento de formas indígenas tradicionales, normativamente relevantes, de relación con su entorno, las que denominamos "uso ancestral", en particular correspondientes al derecho de acceso a ciertos espacios, que aunque no sean su propiedad o exclusivo uso (en el sentido del derecho de dominio registral), son utilizados por ellos para fines culturales y de subsistencia (art. 14.1 C. 169). Como hemos visto, esta doctrina será contradecida en el caso Pilmaiquen, aunque no por ello se puede sostener que el Máximo Tribunal la haya abandonado en un sentido general, tanto en la lectura procesal de la misma sentencia (que criticamos por sus alcances de fondo), como, principalmente, a la luz de los restantes fallos estudiados, materia que esperamos pueda seguirse revisando en una perspectiva de más largo plazo.

En segundo lugar, se señala expresamente en el fallo del caso de la Machi Francisca Linconao que estos derechos territoriales y culturales, consistente en el deber de respeto y protección de los *Menoko* (manantiales considerados sitios de significación cultural y de resguardo ambiental), bajo la relación tierra, territorio,

⁹² Régimen específico de protección de aguas subterráneas de los pueblos indígenas andinos conforme el artículo 64 de la Ley 19.253, en relación con la Ley 19.145 y la Resolución N°87/2006, Dirección General de Aguas, que asegura la protección de los acuíferos ubicados en las zonas delimitadas. Al respecto, si bien esta normativa ha sido considerada en el fallo de la especie, Para efectos de este análisis, nosotros prescindimos de ella para los efectos de nuestro análisis específico de la concepción territorial.

hábitat, se encuentran contenidos en la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8 de la Constitución) que debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo de los derechos culturales de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, afectados en la especie, a la luz del concepto de hábitat, todo lo cual opera como limitación al dominio del titular de la propiedad registral sobre los predios respectivos y se justifica en la función social de la propiedad que consagra el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de Chile que mandata expresamente el deber de protección del patrimonio ambiental.

En el sentido anterior, la búsqueda del espíritu del artículo 64 de la Ley Indígena que realizan los fallos del caso *Chusmiza* y de Toconce revisados, que amparan la protección de las aguas de uso ancestral de los pueblos indígenas andinos, por sobre, incluso, el tenor literal del dicho artículo, obedece al mandato de interpretar armónicamente la Ley Indígena con el Convenio N° 169 de la OIT, propio de un enfoque de derechos humanos. En consecuencia, este desarrollo jurisprudencial de interpretación extensiva de la expresión terreno (asimilable a una propiedad particular registral) a la de territorio o derechos territoriales (en el sentido de los artículos 13, 14 y 15 del C. 169)), ha sido, sin duda, un ejercicio de comprensión evolutiva de la legislación interna y una forma de control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales del Convenio N° 169 de la OIT en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

2.- Reconocimiento de la ocupación tradicional (art. 14 C. 169) como una forma válida de derecho de propiedad:

Podemos constatar que la Corte Suprema (en algunos de los fallos) y en especial las cortes de apelaciones que han conocido de los cuatro casos revisados, han reconocido la constitución de derechos correspondientes a los pueblos indígenas y sus comunidades en particular, cuya adquisición se produce a partir usos y costumbres ancestrales, que sin requerir de su respectiva inscripción para probar su existencia. Hablamos del uso tradicional o ancestral como supuesto de hecho constitutivo originario de derechos para los pueblos indígenas, sin necesidad de inscripciones de dominio, aunque, dada su propia naturaleza, tales derechos ancestrales varían caso a caso en las condiciones de ejercicio y amparo administrativo y/ o jurisdiccional: la protección de manantiales de significación cultural; el derecho preferente sobre las aguas existentes en sus territorios; el derecho a acceso para fines ceremoniales y a la conservación ambiental del espacio en relación con la misma finalidad; y, finalmente, el derecho a la protección de las aguas superficiales de uso ancestral susceptibles de ser afectadas por tareas de exploración de aguas subterráneas.

No obstante lo anterior, como se indicó, la Corte Suprema en el caso *Pilmaiquen*, virando en su propia jurisprudencia que reconocía las actividades tradicionales relación con tierras o territorios, no admitió que el acceso al sitio ceremonial *williche Ngen Mapu Kintuante* constituía un ejercicio legítimo de derechos territoriales, conforme al mandato internacional de artículo 14 del C. 169 que obliga a reconocer las formas tradicionales indígenas de uso y acceso de la propiedad (territorios), por sobre la existencia de propiedad registral privada o del reconocimiento oficial del Estado, según sea el caso.

Al respecto, teniendo presente que, si bien la Corte Suprema no niega, a priori, la posibilidad de que puedan ser reconocidos los derechos de las comunidades *williche* sobre el sitio ceremonial, porque plantea que ello no procede sea conocido vía Recurso de Protección (fundamento de apariencia procesal y no de fondo), sino que es materia que debiese hacer valer en un juicio de lato conocimiento (ordinario o especial de la Ley 19.253), con ello configuró su incumplimiento de otorgar protección efectiva de los

derechos propios de la territorialidad indígena, tanto en el alcance y sentido del concepto territorio, como respecto de las formas tradicionales indígenas de relación con éste, que hemos venido conceptualizando como el uso ancestral y los derechos de acceso para fines culturales y de subsistencia.

En este sentido, como dijimos, las comunidades *williche* recurren de protección constitucional porque la tala forestal ilegal en el espacio del *Ngen Mapu Kintuante*, no solo era considerada una mera vulneración regulatoria a la legislación forestal, sino porque tal acto involucraba en sí la vulneración de derechos fundamentales asegurados constitucionalmente (19 N° 8 y N° 6) y en el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 13, 14 y 15), derechos que no son comprendidos por la normativa legal entendida en sentido estricto, sino, como dijimos, en su interpretación armónica y evolutiva con el Convenio N° 169 de la OIT. De esta forma, la legislación forestal, aparte del supuesto procesal del Recurso de Protección, en términos sustantivos, protege el ejercicio de los derechos indígenas en tanto aporta a la preservación del entorno ambiental.

El caso Pilmaiken se conoció por medio de un recurso de protección que nada dice respecto del reconocimiento formal de la propiedad indígena en sí, pero en la perspectiva expresada por la Corte Suprema, el recuso se limita solo al amparo de derechos que ésta considera indubitados. No obstante, en el caso concreto de Pilmaiken, nos interesa la valoración dada a la forma de ejercicio del derecho, en cuanto, para efectos de la protección constitucional, la ocupación material de carácter colectiva tradicional (acceso en los ciclos de verano para fines ceremoniales), no fue considerada como una forma legítima de ejercicio del derecho de propiedad, pese a estar fundada en derecho (C. 169) y por tanto ser merecedora de amparo constitucional.

Si bien esta afirmación presenta el caso como de naturaleza procesal, al tratarse de una acción de tutela constitucional también se relaciona en la especie con una cuestión de fondo, el reconocimiento de la ocupación ancestral del artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT. Esto es, la ocupación ancestral reúne el mérito, tanto, de un justo título sobre las tierras en cuestión, que habilita la protección constitucional en virtud del artículo 19 N° 24 de la Constitución en amparo del derecho de propiedad. Como, en concreto, esta doctrina reconoce las formas de ocupación ancestral, de carácter cultural-ceremonial, de espacios sobre los que no se tiene un derecho de propiedad registral, por ello sí son susceptibles de amparo constitucional de conformidad al artículo 19 N° 8, enmarcadas en la protección del medio ambiente, a la luz del concepto de hábitat y de conformidad a la función social de la propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución. Así se resolvió en el caso Linconao, en el fallo de primera instancia del caso Pilmaiken y se sostuvo en el caso de la comunidad Toconce citado.

3.- Reconocimiento de los derechos territoriales: coincidencias y discordancias. Comparación crítica de la jurisprudencia

Dejando al margen la cuestión de la autotutela esgrimida por la Corte Suprema que como hemos indicado no dice relación con la cuestión de fondo en estudio, en ambos casos (Toconce, Pilmaiken) se trata de tierras que no son de propiedad (en sentido registral) de las comunidades indígenas o de sus miembros, por tanto no son tierras indígenas en el sentido estricto del artículo 12 de la Ley Indígena (pero sí lo son en el sentido del artículo 13 y 14 del C. 169). En el caso de Toconce se trata de tierras fiscales y en el del *Ngen Mapu Kintuante* se trata de tierras particulares⁹³. Sin

⁹³ El predio en el cual se emplaza el centro ceremonial *Ngen Mapu Kintuante*, correspondiente a la hijuela 3 del sector Carimallin, es una propiedad que en la actualidad pertenece registralmente al recurrido en el caso estudiado, pero proviene de tierras que fueron usurpadas históricamente a las comunidades, encontrándose

embargo, en ambas situaciones las comunidades han reclamado sus derechos ancestrales y, en especial, la intervención del Estado para la protección de los mismos. En ambos casos por tanto, en sentido civil registral estricto, las comunidades no son propietarias. Sin embargo, en el caso de Toconce se ha otorgado el amparo asumiendo la existencia de un territorio ancestral, esto es, aplicando los artículos 13, 14 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT. Una coincidencia también encontramos en el caso Lincoano, en que se amparan los derechos tradicionales sobre la base de una concepción territorial (C. 169) y se aplica también sobre propiedad particular. En este último caso, con posterioridad al fallo se inició el trámite administrativo para la compra del predio cuya protección se reclama, por parte de la CONADI en aplicación del artículo 20 b de la Ley Indígena. Mientras en el caso de Toconce el proceso administrativo de transferencia de las tierras fiscales que forman parte del territorio del Pueblo Atacameño, es anterior al fallo y opera como fundamento de aquel. En ambas situaciones, en todo caso, el proceso de compra o de transferencia, respectivamente, se encuentra inconcluso y no genera efectos desde la perspectiva del dominio registral. No obstante, ha tenido la potencia, en el caso Toconce, de servir de base para sostener la existencia de un derecho a la protección del territorio y de sus aguas de uso ancestral en particular.

Puede comprenderse la diferencia de criterios de sentencias como *Chusmiza*, Toconce, respecto de Pilmaiquen, en algunas circunstancias adicionales que hemos ido advirtiendo y que no se encuentran presentes en el caso del sitio ceremonial *williche Ngñen Mapu Kintuante* –aunque no por eso lo compartimos-. Por una parte, la existencia de un régimen legal especial para las aguas de uso ancestral de los pueblos indígenas andinos, que incluye el deber de protección de tales aguas, y de los bofedales y acuíferos asociados a ellos⁹⁴; por otra, la existencia concurrente de un reconocimiento general de las formas de propiedad de los pueblos indígenas andinos y el establecimiento de un Área de Desarrollo Indígena que no se ha constituido en el caso Pilmaiquen. Sin duda, tales factores han motivado una lectura en favor de los derechos territoriales de los pueblos indígenas andinos, no obstante, tales circunstancias no permiten superar dos cuestiones planteadas en el caso Pilmaiquen que, a nuestro entender, le hacen generar efectos vulneratorios de los derechos fundamentales de orden territorial de que son titulares los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes. Por una parte, el criterio del fallo de la Corte Suprema en el caso Pilmaiquen se sostiene, en términos relevantes, en el hecho de que no se trata de tierras indígenas de conformidad al artículo 12 de la Ley 19.253. Pues bien, sin perjuicio del efecto irradiador de la reivindicación y trámite de transferencia de tierras fiscales advertido en el caso de Toconce, que incluso para los órganos resolutivos administrativos y jurisdiccionales alcanza un efecto constituyente de derechos adquiridos, en sentido estricto, tampoco son tierras indígenas. O, a lo menos, no lo serían bajo la interpretación expresada en el caso Pilmaiquen. En segundo lugar, ninguna de estas digresiones, sostenidas en la legislación interna habilitan a una interpretación restrictiva de los derechos territoriales contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT y que, entre otros, la Corte Interamericana ha ido desarrollando en los estándares que revisamos en la segunda parte. De esta forma, fundada o no en bases legales internas, la negativa jurisdiccional de protección que afectó al sitio ceremonial mapuche *williche Ngen Mapu Kintuante* no cumple con el estándar internacional de derechos humanos, de que son titulares los pueblos indígenas, en particular respecto de los mandatos que se contienen y desarrollan evolutivamente a partir de los artículos 13, 14 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

actualmente dichas tierras en proceso de solicitud de compra ante CONADI fundada en el artículo 20 letra b) de la Ley N° 19.253 (Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 501-2011, de 4 de mayo de 2012, cons. tercero).

⁹⁴ Artículo 64 de la Ley 19.253.

Por último, en el mismo sentido anterior, la diferencia de criterios jurisprudenciales recién descritas unos y otro caso permiten sostener que el Estado de Chile ha actuado en forma discriminatoria respecto de su deber de cumplimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, siguiendo los parámetros de la interpretación evolutiva y el deber de control de convencionalidad que recae en los organismos internos.

4.- Recurso de Protección como mecanismo de reclamo de los derechos territoriales contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT (Artículo 12 C. 169, artículos 25 y 8 de la C. Americana de Derechos Humanos; Artículo 13 de la DNUDPI).

En el fallo de la Machi Francisca Linconao y un conjunto de otros recursos posteriores se establece que el Recurso de Protección Constitucional (artículo 20 de la Constitución chilena) es un recurso sencillo y eficaz que permite amparar los derechos territoriales de los pueblos indígenas que hemos descrito. Tal doctrina se sostiene hasta el fallo del caso Pilmaiken, el cual niega el recurso. La sentencia justifica la negativa en que las comunidades recurrentes habrían desarrollado acciones de auto tutela (sin legitimidad para el amparo constitucional) y, deja en claro, que el recurso de protección sí procedería en la medida que exista riesgo urgente a la propiedad preexistente -entiéndase indubitada-, y, en el mismo sentido, que las cuestiones de la propiedad indígena reclamada pueden ser objeto de un juicio ordinario o especial de lato conocimiento.

El fallo de la Corte Suprema del caso Pilmaiken se aparta del criterio manifestado en el caso de la Machi Francisca Linconao, en el sentido que el Recurso de Protección como recurso "sencillo y eficaz" es una vía legítima y efectivo para reclamar la protección de los derechos de los pueblos indígenas contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT, de conformidad al mandato del artículo 12 del mismo Convenio y al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso anterior, si bien la parte recurrida (también infractora de normas regulatorias en materia forestal) alegó la improcedencia del recurso de protección por existir un procedimiento especial aplicable (Procedimiento ante los Jueces de Policía Local, mismo concurrente al caso de autos), el fallo confirmado por la Corte Suprema consideró que el Recurso de Protección era un medio idóneo para cautelar los derechos indígenas contemplados en el Convenio 169 haciendo especial mención al mandato contemplado en el artículo 12 de este instrumento internacional y al deber general de cautelar el acceso a la justicia del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en la sentencia del caso Pilmaiken, según se cita más arriba, se establece precisamente lo contrario, señalando que la protección constitucional no es la vía pertinente para dichas infracciones regulatorias en materia forestal, sino que el procedimiento incoado en Policía Local.

Al señalar que el Recurso de Protección (solo) ampara derechos preexistentes (entiéndase indubitados) y que la discusión sobre su existencia sería materia de otro tipo de procedimiento de carácter ordinario, como se explicó. Por una parte, se está negando el reconocimiento que por el solo ministerio del derecho (Convenio N° 169 de la OIT, vinculante para Chile) se otorga a estos espacios (con prescindencia del reconocimiento oficial del Estado); y, por otra, se está supeditando los derechos indicados a un procedimiento que no ofrece marco de protección alguna en el interprocesal, permitiendo la consumación de la situación fáctica vulneratoria, con lo que los derechos, si llegan a ser reconocidos en tal proceso de lato conocimiento, pueden llegar a ser solo nominales si en el tiempo intermedio se construye el proyecto y se destruye el sitio ceremonial cuya protección se reclama.

El impacto de esta doctrina radica en que como no existe otro medio eficaz para la protección del derecho a la identidad cultural, particularmente en sus expresiones religiosas de arraigo territoriales que requieren la preservación del entorno ambiental (hábitat), como en la especie, su protección constitucional resulta imprescindible y es, en concreto, el único medio idóneo que el derecho interno chileno ofrece al efecto. Por el contrario, al reconducir la acción de protección al procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, se impide desde ya el resguardo de los derechos fundamentales reclamados, en su dimensión indígena territorial, ya que están fuera de la competencia de este último órgano jurisdiccional.

Reflexión final:

Los derechos de los pueblos indígenas a su territorio no empecen a la existencia de otros titulares de derechos formales sobre los mismos, privados o del Estado, total o parcialmente. Asimismo, son precedentes a actos formales de reconocimiento registral o de administración estatal y abordan dimensiones más amplias como la de los recursos naturales que existan en éstos, como los del subsuelo o los hídricos, que tienen un sistema de constitución y registro diferenciado y amparado constitucionalmente.

Nos parece importante sintetizar y relevar la doctrina –a nuestro entender correcta- extraída de los fallos revisados, en relación con la jurisprudencia interamericana estudiada, conforme la cual, a la luz de la Ley Indígena N° 19.253, del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, considerando la existencia de un Área de Desarrollo Indígena (establecida por el Estado) –aunque este último solo como elemento concurrente no sustancial-, los derechos de naturaleza territorial de los pueblos indígenas operan por sobre el derecho de propiedad del Estado y/ o de particulares, según las circunstancias y sin perjuicio de la necesaria obligación de ponderación caso a caso cuando fuere procedente, en especial frente a la eventual colisión de derechos con terceros de buena fe. Así, en los espacios que comprenden los territorios ancestrales indígenas, aunque pueden ser a un mismo tiempo propiedad fiscal o particular, tanto sobre tierras o aguas, y sin perjuicio de que la o las comunidades indígenas pueden no tener derechos de propiedad inscritos registralmente sobre los mismos, corresponde a los organismos del Estado actuar en favor de ellas porque le cabe un deber de protección que se funda de *iure* en los derechos de los pueblos indígenas al territorio y sus recursos hídricos, por sobre la existencia de propiedad registral constituida.

Bibliografía

- ANAYA, James (2009): "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", [fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1>.
- AYLWIN, J.; MEZA-LOPEHANDÍA, M.; YAÑEZ, N. (2013): *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, LOM Ediciones - Observatorio Ciudadano). pp. 599.
- BECERRA, Manuel (2013): "Control de convencionalidad (derecho internacional)", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma - Perugia - México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 88-92.

- BERRAONDO, Mikel (2006): "Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente", en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* (Bilbao, Deusto), pp. 469 a 487.
- BIDART CAMPOS, Germán (2002): "Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", en Méndez Silva, *Derecho internacional de los derechos humanos: memoria del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 103-113.
- CASTILLO, Luis (2013): Control de convencionalidad (derecho constitucional), en Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México: ISEG, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 81-87.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
- (2010): *Derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. [Fecha de consulta: 20 abril de 2015]. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> .
 - (2007): *Informe sobre Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.
 - (1999): *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.
- CONTESSE, J. (2012): *El convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno*. (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales). pp. 275.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
- (2003) *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC 18/03 (Opinión Consultiva). 17 septiembre 2003. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf .
 - (1999) *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999 Colombia 1999.
- FAUNDES, Juan Jorge:
- (2010): "Primera sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Comentario de Jurisprudencia, "Linconao Francisca con Forestal Palermo", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Temuco, Universidad Católica de Temuco) (año 2010, n°1) pp. 97- 113.
 - (2013.a): "Derechos humanos (en un enfoque intercultural)", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México: ISEG, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 184-194.
 - (2013.b): "*Corpus iuris* internacional de derechos humanos", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 93-95.
 - (2013.c): "Interpretación evolutiva de los derechos humanos", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 325-332.
 - (2013.d): "Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 571-579.

- (2013.e): "La Jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación en Chile del Convenio N° 169 de la OIT y el Deber de Consulta", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° LXXXI, V. enero-junio y julio-diciembre, pp. 233-234.
- HITTERS, Juan Carlos (2009): "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 109-128.
- JARAMILLO, C.; MORALES, J.; PALMA, J. (2010): *Reconocimiento jurídico de las aguas indígenas de uso ancestral en Chile (Tesis de Grado)*. Temuco, Universidad Católica de Temuco.
- MARTÍNEZ BULLÉ, Víctor (2013): "Estándares internacionales de derechos humanos", en, Mario Álvarez y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, (Roma-Perugia-México, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 243-247.
- MEZA-LOPEHANDÍA (2009): *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*, (Temuco, Heinrich Böll Stiftung), pp. 92-94.
- NASH, Claudio:
- (2008): La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales, [Fecha de consulta: 14 de abril 2014]. Disponible en: http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fdocumentos%2Fversion-examinada-de-tesis-dr-claudio-nash-rojas_53073_2_2900.pdf&ei=lw2nU6yiIOzNsQTI9ILAAw&usq=AFQjCNHsbGsvoAHrk_DjEsveOIyp4s8zKA&sig2=Cmsjcli0V6seaAs_7U9jMg .
 - (2009): *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos* (México, Editorial Porrúa S.A.) pp. 317.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO:
- (2012): "Informe Comisión de expertos 2012", [Fecha de consulta: 13 de abril 2014]. Disponible en: http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_175690/lang--es/index.htm
 - (2011): "Informe Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 2011", [Fecha de consulta: 13 de abril 2014]. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174831.pdf
 - (2009): "Manual de Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina - Una Recopilación de Casos", [Fecha de consulta: 13 de abril 2014]. Disponible en: http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_116075/lang--es/index.htm
 - (2003): "Convenio N° 169 de la OIT, un Manual", [fecha de consulta: 13 de abril 2014]. Disponible en: http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_100764/lang--es/index.htm.
- SAGÜÉS, N. (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad" [Fecha de consulta: 20 abril de 2015]. Disponible en: "<http://vlex.com/source/revista-estudios-constitucionales-2529>

Jurisprudencia citada:

- *Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chusmiza y Usmagama* (2009): Corte Suprema 25 noviembre 2009 (Recurso de casación forma y fondo), Rol 2840-2008.

- *Asociación indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Corema Región Antofagasta* (2011). Corte Suprema 13 julio 2011 (Recurso de protección). Rol 258-2011.
- *Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional y Nacional de Aguas* (2013): Corte de Apelaciones de Antofagasta 28 agosto de 2013 (recurso de protección).
- *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia. Serie C No. 146, párr. 131.
- *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 125, párrs. 124, 131.
- *Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A.* (2004): Corte Suprema 22 marzo de 2004 (Recurso casación de forma y fondo) Rol 986-2003.
- *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.
- *Consejo de pueblos atacameños con Ministro Energía Jorge Bunster* (2012): Corte apelaciones de Santiago, Tercera sala 16 noviembre 2012 (Recurso de protección), Rol 12.533-2012.
- *Francisca Linconao con Forestal Palermo* (2010): Corte de Apelaciones de Temuco 16 septiembre 2009 (Recurso de protección) en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Tomo I, N° 1, 2010, Rol 7287-2009.
- *Marquard y otro con Alvear* (2011): Corte Suprema 31 enero de 2011 (Casación de fondo). Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=606465&CRR_IdDocumento=358527.
- *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 junio 2012.
- *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 noviembre 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).