

Índice

Prólogo Felipe Gómez Isa | 19

Prólogo José A. Marimán | 23

Presentación | 29

Capítulo I

Los derechos de los pueblos indígenas en Chile | 41

Introducción | 41

1. El pueblo *mapuche* | 47

1.1. Mundo precolombino | 47

1.2. El régimen colonial español: conquista, desposeimiento y resistencia *mapuche* | 53

1.2.1. Primeros contactos | 53

1.2.2. El ideario de la conquista española | 53

1.2.3. Políticas coloniales hispanas tempranas y su impacto en los pueblos indígenas de Chile | 60

i. La imposición del sistema de la encomienda | 60

ii. La extracción aurífera | 61

iii. Apropiación y distribución de las tierras indígenas | 62

1.2.4. Sometimiento y resistencia *mapuche* | 63

1.2.5 Las principales instituciones aplicadas a los *mapuche* por el régimen colonial en Chile | 65

i. La encomienda | 66

ii. La esclavitud | 70

iii. La guerra defensiva y los parlamentos | 71

1.2.6. Consecuencias de la conquista española para los pueblos indígenas | 80

1.3. El periodo republicano: invasión militar, reducción, asimilación y revitalización del pueblo *mapuche* en el marco del Estado chileno | 83

1.3.1. El periodo igualitario | 83

1.3.2. El periodo proteccionista y expansionista | 86

1.3.2.1. Contratos abusivos y leyes proteccionistas | 86

1.3.2.2. La invasión final de la Araucanía | 88

i. El plan de Saavedra | 88

ii. La ley de 1866 | 90

iii. La invasión de la Araucanía | 91

1.3.2.3. La imposición del sistema de reducción | 93

1.3.2.4. La división de la propiedad comunitaria y otras

modalidades de desposeimiento legal de tierras *mapuche* | 99

i. Las leyes de la división | 99

ii. Leyes de propiedad austral | 101

iii. Otra legislación referida a los *mapuche* | 103

iv. Consecuencias de la legislación divisoria | 105

v. Rearticulación y demandas *mapuche* | 106

1.3.2.5. El periodo de la reforma agraria | 107

1.3.2.6. La liquidación de la comunidad reduccional *mapuche* | 112

1.3.2.7. La transferencia de tierras fiscales a comunidades *mapuche* | 115

1.3.2.8. Organización y resistencia *mapuche* | 115

2. El pueblo *aymara* | 118

2.1. El poblamiento *aymara* y sus orígenes | 118

2.1.2. Antecedentes coloniales | 118

2.1.3. El periodo republicano peruano (1821-1854) | 120

2.1.4. El periodo salitrero | 121

2.1.5. La guerra del Pacífico y los tratados de límites | 121

2.1.6. La incorporación de los territorios de Arica y Tarapacá al Estado de Chile: el proceso de “desaymarización” o “chilenización” (1883-1990) | 122

3. El pueblo *lickanantai*, *kunza* o atacameño | 130

3.1. El poblamiento atacameño y sus orígenes | 130

3.2. La influencia cultural de *tiawanaku* | 131

3.3. Periodo de los desarrollos regionales | 132

- 3.4. El periodo de administración incaica | 133
 - 3.5. Organización social y política del pueblo *lickanantai* | 134
 - 3.6. La invasión española | 134
 - 3.7. El orden colonial | 135
 - 3.8. El periodo republicano | 138
 - 3.9. Formación del Estado boliviano y la región atacameña (1824-1879) | 139
 - 3.10. Anexión de Atacama al Estado chileno e imposición de la economía capitalista | 141
4. El pueblo *rapa nui* | 147
- 4.1. El poblamiento de *Rapa Nui* y sus orígenes | 147
 - 4.2. Fases de poblamiento | 148
 - 4.3. Organización social y política | 148
 - 4.4. El ordenamiento jurídico originario | 149
 - 4.5. La decadencia de la sociedad *rapa nui* hacia fines del siglo xvii | 149
 - 4.6. Las primeras incursiones de extranjeros: 1722-1882 | 149
 - 4.7. Las adquisiciones irregulares de tierras en *Rapa Nui* | 150
 - 4.8. El acuerdo de voluntades o la toma de posesión por el Estado chileno | 151
 - 4.9. La resistencia *rapa nui* y el cambio en la relación con el Estado: 1965-1973 | 155
 - 4.10. La regularización del dominio *rapa nui*, una nueva era de conflictos: 1973-2003 | 156
5. Legislación vigente referida a los pueblos indígenas | 158
- 5.1. Ley 19.253 de 1993 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas | 158
 - 5.1.1. Antecedentes | 158
 - 5.1.2. Principales contenidos de la Ley 19.253 de 1993 | 162
 - i. Principios generales, sujetos de la ley y deber del Estado | 162
 - ii. Derechos reconocidos en la ley | 164
 - a) Derechos políticos y de participación | 164
 - b) Derecho a la tierra | 166
 - c) Derechos culturales | 168
 - d) Derecho al desarrollo | 169

- iii. Disposiciones complementarias relativas a “etnias” diferentes de las *mapuche* | 169
 - a) Normas especiales para los pueblos andinos | 170
 - b) Normas especiales relativas al pueblo *rapa nui* | 172
- iv. Régimen legal especial para resguardar los derechos indígenas sobre las aguas | 175
- 5.1.3. Análisis crítico de la Ley 19.253 | 183
 - i. Análisis crítico en relación con las demandas de los pueblos indígenas | 183
 - ii. Análisis crítico en relación con el anteproyecto de ley enviado al Congreso | 185
 - iii. Análisis crítico a la luz del derecho internacional y comparado | 187
- 5.2. Otra legislación aplicable a los pueblos indígenas | 192
 - 5.2.1. La ley 20.249 que crea el espacio costero Marino de los pueblos originarios | 192
- 6. Derechos de pueblos indígenas y recursos naturales | 195
 - 6.1. Legislación de agua y derechos indígenas sobre los recursos hídricos | 198
 - 6.1.1. Régimen de derechos de agua | 198
 - 6.1.2. Naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de agua y procedimiento de constitución | 203
 - 6.1.3. Derechos y obligaciones de los titulares de derechos de aguas | 206
 - 6.1.4. Mecanismos de resolución de conflictos entre usuarios de aguas | 207
 - 6.1.5. Los conflictos derivados del régimen de aguas chileno: impactos sociales, ambientales y en materia de derechos indígenas | 208
 - 6.2. Legislación minera y su implicancia en materia de derechos indígenas | 211
 - 6.2.1. Régimen legal de las concesiones mineras en Chile | 213
 - 6.2.2. Naturaleza jurídica de la concesión y procedimiento de constitución | 215
 - 6.2.3. Derechos y obligaciones del concesionario minero | 218
 - 6.2.4. Los beneficios otorgados por la legislación chilena al concesionario minero | 220

- 6.2.5. Casos emblemáticos de conflictos generados como consecuencia de la ejecución de megaproyectos mineros en territorios indígenas | 228
- 6.3. Ley de concesiones geotérmicas y su impacto en territorios indígenas | 231
 - 6.3.1. Régimen jurídico que regula las concesiones geotérmicas | 233
 - a) La concesión de exploración | 234
 - b) La concesión de explotación | 234
 - 6.3.2. Procedimiento de concesión y oposición | 235
 - 6.3.3. Los derechos y obligaciones del concesionario de recursos geotérmicos | 237
 - a) La exclusividad | 237
 - b) Las servidumbres | 237
 - c) Las aguas | 238
 - 6.3.4. La ley de concesiones geotérmicas y las implicancias para el ejercicio de derechos indígenas en Chile y la gobernanza territorial indígena | 239
 - 6.3.5. Casos emblemáticos de concesión de energía geotérmica en territorios indígenas | 242
 - a) Explotación de los géiseres del Tatio –sitio patrimonial de las comunidades indígenas de Toconce y Caspana– para la producción de energía geotérmica | 242
 - b) Concesión de energía geotérmica en el salar de Surire, territorio ancestral *aymara* | 245
- 6.4. Ley general de pesca y acuicultura, el régimen pesquero artesanal | 246
 - 6.4.1. Pesca industrial | 248
 - 6.4.2. Pesca artesanal | 251
 - 6.4.3. Los derechos y obligaciones de los titulares de autorizaciones de pesca | 254
 - 6.4.4. Regulación de los derechos vinculados a la actividad pesquera y al sector pesquero artesanal en el derecho internacional | 257
 - a) Agenda 21, párrafo 17 | 258
 - b) Conferencia de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas (poblaciones de peces transzonales) y las poblaciones de peces altamente migratorios, Nueva York 1995, A/CONF.164/37. | 259
 - c) Declaración de Kyoto | 260
 - d) Código de Pesca Responsable | 260

6.4.5. Casos emblemáticos de conflictos que involucran a pescadores artesanales y comunidades indígenas agravados por el régimen pesquero imperante: los conflictos en la Bahía de Maiquillahue (caletas Mehuín y Mississippi)	261
6.5. Legislación forestal y expansión de las plantaciones forestales en territorios indígenas	265
6.5.1. Análisis general de la legislación forestal en Chile	266
6.5.2. Regulación de los derechos vinculados a la protección de recursos forestales en el derecho internacional	271
6.5.3. Los conflictos entre la industria forestal y las comunidades indígenas en Chile	274
6.6. Derechos ambientales y su implicancia para la protección de derechos indígenas	277
6.6.1. Legislación ambiental: directrices generales para la protección del medio ambiente y del medio humano	277
6.6.2. Los órganos ambientales y los instrumentos de gestión ambiental	283
6.6.3. Participación ciudadana en el SEIA	286
6.6.4. Las debilidades regulatorias del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y su ineficacia para proteger derechos indígenas	289
7. Política pública y pueblos indígenas	300
7.1. La política sectorial indígena: tierras y “desarrollo”	300
7.2. Las otras opciones de la política pública y sus implicancias para los pueblos indígenas	306
7.3. Consecuencias del tratamiento histórico y actual de los pueblos indígenas por el Estado	307
7.3.1. La discriminación socioeconómica	307
7.3.2. La exclusión política	309
7.3.3. La criminalización de la protesta social indígena	310
7.4. La preocupación de la comunidad internacional	313
7.5. Las implicancias de la ratificación del convenio 169	316
Cuadros	322
Bibliografía	325

Capítulo II

El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo | 337

Introducción | 337

1. Cuestiones preliminares | 342

1.1. La recepción del convenio en el sistema jurídico chileno | 342

1.2. Los principios fundantes del convenio | 345

1.2.1. El principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades | 345

1.2.2. El principio de participación como piedra angular del convenio | 347

1.2.3. El principio de integridad cultural | 348

1.2.4. El principio de autonomía | 350

1.3. El ámbito de aplicación del convenio | 351

1.3.1. El ámbito de aplicación temporal | 351

a) La entrada en vigor | 351

b) La denuncia del tratado y los efectos para su vigencia en Chile | 356

1.3.2. El ámbito de aplicación personal: el sujeto de los derechos | 357

a) Los sujetos colectivos y sus derechos | 357

Los pueblos tribales | 360

Los pueblos indígenas | 362

b) La autoidentificación | 363

c) El alcance de la voz “pueblos” | 365

1.4. Modalidades de aplicación de las normas del convenio | 366

1.4.1. La acción coordinada y sistemática | 367

1.4.2. La implementación flexible | 367

1.4.3. Las medidas especiales | 368

a) Acción afirmativa | 368

b) Acceso a la justicia | 370

c) Materia laboral | 372

1.4.4. La consulta previa | 372

2. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales | 372

2.1. La protección de los territorios indígenas | 372

- 2.1.1. La tierra indígena como hábitat | 373
- 2.1.2. La protección de la propiedad indígena sobre la tierra | 375
 - a) El alcance de la propiedad indígena y el uso del hábitat | 375
 - b) La posesión indígena | 378
 - c) La demarcación de las tierras indígenas | 379
- 2.1.3. La protección del medio ambiente | 380
 - a) Los recursos naturales: protección y control | 382
 - Sobre las aguas indígenas | 384
 - Sobre la explotación minera | 387
- 2.2. Sobre los contactos y cooperación a través de las fronteras | 391
- 2.3. Participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten | 391
 - 2.3.1. Participación política igualitaria | 392
 - 2.3.2. Derecho a la participación en la elaboración e implementación de programas de desarrollo que les afecten | 393
 - 2.3.3. El derecho a decidir las propias prioridades de desarrollo y a controlar su desarrollo económico social y cultural | 394
- 2.4. La consulta previa, de buena fe y con la finalidad de alcanzar el consentimiento | 395
 - 2.4.1. La naturaleza jurídica de la consulta: una obligación estatal | 396
 - 2.4.2. El objeto de la consulta | 397
 - a) La afectación directa | 397
 - b) El alcance de la obligación | 398
 - 2.4.3. Destinatario de la obligación | 399
 - a) El Estado, no los privados | 399
 - b) El Gobierno y el Congreso Nacional | 400
 - 2.4.4. El sujeto de la consulta | 402
 - 2.4.5. Características de la consulta | 404
 - a) La consulta es previa a la toma de decisiones públicas que puedan afectar a los pueblos indígenas y oportuna | 407
 - b) La consulta es un proceso continuo | 409
 - c) La consulta y la buena fe: diálogo más que mera audiencia | 409
 - d) Mecanismos adecuados y consulta sobre la consulta | 411
- 2.5. De la consulta al consentimiento previo, libre e informado | 412
 - 2.5.1. El consentimiento frente a proyectos de alto impacto | 414
 - 2.5.2. El derecho a no ser trasladado sin consentimiento previo | 415

- 2.6. Pluralismo jurídico | 416
 - 2.6.1. Pluralismo y derecho consuetudinario | 418
 - a) Derecho consuetudinario en el derecho sucesorio | 418
 - b) El derecho consuetudinario en el derecho penal estatal | 418
 - 2.6.2. Jurisdicción indígena | 420
- 2.7. Derechos sociales: salud, educación y el principio de autonomía | 427
 - 2.7.1. Salud y seguridad social | 428
 - 2.7.2. El derecho a la educación intercultural, formación profesional, derechos lingüísticos y autonomía educativa | 429
- 3. La administración del convenio: interpretación de sus normas y fiscalización de su aplicación | 432
 - 3.1. La supervisión regular de la aplicación del convenio y el alcance de sus normas | 432
 - 3.2. Las reclamaciones por incumplimiento | 433

Bibliografía | 434

Capítulo III

El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas | 441

- 1. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas | 441
 - 1.1. La protección de los pueblos indígenas como minorías | 446
 - 1.2. Los indígenas como sujetos de derechos colectivos | 453
 - 1.3. Los indígenas como pueblos: la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas | 461
- 2. Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional | 468
 - 2.1. El derecho a la vida, sus aspectos colectivos y el derecho a la cultura propia | 470
 - 2.2. El derecho de libre determinación de los pueblos indígenas | 472

- 2.2.1. Los límites de la libre determinación: proscripción de la secesión, autonomía indígena y respeto a los derechos fundamentales | 479
- 3. Los derechos territoriales indígenas: tierra, territorio y recursos naturales | 484
 - 3.1. La especial relación entre los pueblos indígenas y su hábitat como objeto de protección | 484
 - 3.2. La posesión y propiedad indígena | 487
 - 3.3. Los territorios, el hábitat indígena y el derecho a la autodeterminación | 491
 - 3.4. El derecho a la recuperación de las tierras antiguas y los límites del derecho de propiedad | 494
 - 3.4.1. La recuperación | 494
 - 3.4.2. Los derechos de terceros y el interés social | 496
 - 3.4.3. El interés público (militar) | 499
 - 3.5. La proscripción del desplazamiento forzado | 499
- 4. Los derechos políticos de los pueblos indígenas | 500
 - 4.1. La jurisdicción indígena | 501
 - 4.2. Participación, consulta y consentimiento previo en los asuntos que les afecten | 502
 - 4.3. El derecho a la participación en la vida pública nacional | 505
- 5. Los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo | 507
- 6. La emergencia de la cuestión de los conocimientos tradicionales indígenas | 509
- 7. Los derechos de los niños indígenas | 511
- 8. Derecho a la protección judicial | 513
- Bibliografía | 516

Capítulo IV

Los derechos de pueblos indígenas en América Latina | 523

Introducción | 523

1. Antecedentes generales | 524

1.1. Población y pueblos indígenas | 524

1.2. Antecedentes históricos | 525

2. Los movimientos indígenas | 530

2.1. Emergencia y demandas | 530

3. Antecedentes del reconocimiento jurídico de los derechos de pueblos indígenas en América Latina | 533

3.1. Los primeros ciclos del reconocimiento | 534

3.2. Políticas públicas relativas a los derechos territoriales y al derecho de consulta | 536

3.3. La brecha de implementación y las frustraciones de las reformas | 540

3.4. Tercer ciclo del reconocimiento de derechos de pueblos indígenas: de la multiculturalidad a la plurinacionalidad e interculturalidad | 542

4. Directrices internacionales de derechos humanos y sus implicancias para los pueblos indígenas en América Latina | 545

4.1. La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos | 546

4.2. El *corpus juris* de los derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas | 550

4.3. Recepción del derecho internacional en el derecho interno de los Estados de la región | 554

5. Análisis de casos | 556

5.1. Bolivia | 556

5.2. Brasil | 565

5.3. Colombia | 575

6. Reflexiones finales | 584

Cuadros | 591

Bibliografía | 594