

LA INTERPRETACIÓN “ECO-CULTURAL” DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS RIESGOS

THE “ECO-CULTURAL” INTERPRETATION OF INDIGENOUS PEOPLES’ LAND RIGHTS AND ITS RISKS


Cristóbal Carmona Caldera*

RESUMEN: Tanto en el Derecho Internacional como en diferentes ordenamientos jurídicos domésticos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han sido interpretados siguiendo una comprensión “eco-cultural”. Esta comprensión basa el reconocimiento de derechos principalmente en la necesidad de proteger el vínculo material y espiritual de estos pueblos con sus territorios. En este artículo, sostendré que la utilización de este tipo de interpretación conlleva dos riesgos para estos propios pueblos. Por una parte, puede limitar el reconocimiento de derechos solo a aquellos pueblos que mantengan una posesión tradicional de sus territorios. Por otra, puede restringir el tipo de uso que los pueblos o comunidades indígenas puedan hacer de sus tierras, territorios y recursos.

Palabras clave: Pueblos indígenas, Derechos territoriales, Identidad cultural, Libre determinación, Desarrollo.

ABSTRACT: Both in International Law and in different domestic legal systems, the territorial rights of indigenous peoples have been interpreted following an “eco-cultural” understanding. This understanding bases the recognition of territorial rights primarily on the need to protect the material and spiritual link of these peoples with their territories. In this article, I will argue that the use of this kind of interpretation carries two risks for the indigenous peoples themselves. On the one hand, it could limit the recognition of rights to only those peoples who maintain a traditional and sustainable occupation and use of their lands and resources. On the other, it could restrict the type of use that indigenous peoples can make of their lands, territories, and resources.

Keywords: Indigenous Peoples, Land Rights, Cultural Identity, Self-determination, Development.

* Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales Chile. ANID - Núcleo Milenio en Turberas Andinas AndesPeatNCS_009_2022. Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR) ANID 1523A0003 Dirección postal: Avenida República 112, Santiago. Correo electrónico: cristobal.carmona@udp.cl.  0000-0002-6083-3640. Agradezco los atentos comentarios formulados por la profesora Francisca Vergara, el profesor Juan Jorge Faundes y los dos revisores anónimos. Cualquier error es, por cierto, de mi exclusiva responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2022, ocurrieron en Chile dos relevantes decisiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas. Aunque diferentes en sede, temática y alcance, estos pronunciamientos compartían una comprensión común de los derechos territoriales (*land rights*)¹ de estos pueblos. La primera decisión consistió en un fallo de la Corte Suprema en una causa de indemnización por expropiación de un predio que tenía calidad “indígena”, de acuerdo con el Art. 12 de la Ley N° 19.253. En esta sentencia, la Corte acogió un recurso de casación de una propietaria indígena, fallando que la indemnización otorgada no había tenido en cuenta el perjuicio por valor cultural que suponía la expropiación de un inmueble indígena, de acuerdo a lo dispuesto por los Arts. 13 N° 1 y 16 N° 5 del Convenio N° 169 de la OIT (Convenio N° 169)². En base a esta conclusión, en su sentencia de reemplazo la Corte entra a determinar a cuánto asciende el nuevo monto de indemnización, considerando ahora la calidad “indígena” del inmueble. Para hacerlo, la Corte recurre al Convenio N° 169, en donde habrían “factores objetivos que se enmarcan dentro de la esfera de protección que impone al Estado respecto de la especial relación entre los pueblos originarios y sus tierras”³. Estos factores serían los siguientes:

- (i) La vinculación de la tierra con actividades de significación cultural; (ii) La vinculación de la tierra con actividades de significación religiosa; (iii) La vinculación de la tierra con actividades económicas tradicionales; (iv) El uso colectivo del inmueble expropiado y, en la afirmativa, magnitud de aquella colectividad; y, (v) El tratarse de un inmueble que sirva de habitación, morada o residencia a integrantes de pueblos originarios⁴.

Aplicados estos “factores objetivos” al caso concreto, el predio indígena a ser expropiado prácticamente no cumplía con ninguno de ellos. En dicho inmueble no se efectuaban actividades de significación cultural o religiosa, ni actividades económicas tradicionales. Tampoco era ocupado por la comunidad indígena a la que pertenecía la dueña, ni se pudo probar que la expropiación generaría el reasentamiento de la reclamante⁵. Dado que “la afectación del interés que se busca proteger no fi-

¹ En el contexto de la presente investigación, los “derechos territoriales” de los pueblos indígenas se refieren a un conjunto amplio, no necesariamente coherente entre sí, de normativa doméstica e internacional relativa al reconocimiento y protección de los derechos de estos pueblos a las tierras, territorios y recursos naturales existentes en los lugares en los que habitan, incluidos también los derechos de participación en los procesos de toma de decisión respecto al destino de dichos elementos (e.g., el derecho a consulta).

² Corte Suprema, 15/03/2022 sentencia de casación, Considerando 8°. Una tesis en este sentido había sido avanzada por el profesor Manuel NÚÑEZ (2022).

³ Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 11°.

⁴ Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 11°.

⁵ Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 12°.

gura como especialmente intensa”⁶, la Corte otorga solo un reducido incremento de la indemnización.

La segunda decisión ocurrió el mes de julio de 2022, a propósito de la evaluación ambiental de un proyecto del Ministerio de Obras Públicas (MOP). Este proyecto reconocía la generación del impacto del Art. 7 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), por el reasentamiento de grupos humanos, dentro de los cuales se encontraban personas indígenas. Por aplicación estricta del Art. 85 del RSEIA, este antecedente era suficiente para que el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) iniciara un Proceso de Consulta con los Pueblos Indígenas (PCPI). No obstante, el SEA negó la procedencia de la consulta. La razón esgrimida fue que las familias indígenas a reasentar se circunscribían a un contexto sociocultural “urbano”. Esto significaba que:

no desarrollarían actividades tradicionales propias de los pueblos originarios en dichos espacios urbanos, ni tampoco reconocerían sitios de significancia cultural tradicionales relacionados a estos grupos en las localidades mencionadas, compartiendo los mismos espacios cotidianos, intereses y problemáticas que la población no indígena⁷.

Más allá de las evidentes diferencias entre las dos decisiones citadas, la interpretación de los derechos territoriales indígenas que subyace a ambas es la misma. Tanto para la Corte Suprema como para el SEA, el fundamento y finalidad de estos derechos sería el resguardo de los intereses de estos pueblos relacionados a su cultura, valores y prácticas tradicionales, vinculadas a la tierra y la naturaleza/ruralidad. En consecuencia, si las tierras y actividades indígenas no caben dentro de estos márgenes “tradicionales”, “culturales” o “rurales”, entonces caerán fuera del marco de protección de las normas. Por supuesto, estos no son casos aislados, sino que se replican en distintos ámbitos de la jurisprudencia y doctrina nacional⁸.

Aunque jurídicamente criticables, este tipo de interpretaciones, que denominaré como “eco-culturales”, no son necesariamente arbitrarias. Como es sabido, existe un número importante de normativa nacional, comparada e internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas que, en diversos grados, apunta en una dirección similar. A manera de ilustración, en Chile, el Art. 1 de la Ley N° 19.253 declara que “la tierra” es el “fundamento principal” de la “existencia y cultura” de estos pueblos. La legislación peruana sobre consulta previa establece, dentro de los criterios objetivos a considerar para identificar a los pueblos indígenas, el que tengan “[e]stilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan” (Art. 7 (b), Ley N° 29.785). En el Derecho In-

⁶ Corte Suprema, 15/03/2022, sentencia de reemplazo, Considerando 13°.

⁷ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2022) p. 80.

⁸ Por ejemplo, en los fallos de tribunales de Temuco para justificar la desafectación de la calidad “indígena” de tierras que, por modificación del plan regulador, quedan dentro del radio urbano. Ver Corte de Apelaciones de Temuco, 23/11/2020 y Corte de Apelaciones de Temuco, 10/09/2021. Sobre la aplicación de estas lecturas en la consulta en la evaluación ambiental, ver la sección II (2).

ternacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto el Convenio N° 169 como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) protegen la relación material y espiritual entre las culturas indígenas y sus tierras, territorios y/o recursos (Art. 13 N° 1, Convenio N° 169; Art. 25, DNUDPI). Adicionalmente, cabe notar que un énfasis interpretativo en la identidad cultural indígena puede proteger los derechos de estos pueblos. Bajo un punto de vista, la misma sentencia citada de la Corte Suprema puede producir un aumento sustantivo en el valor de la indemnización por expropiación. Esto es apreciable, también, en los avances jurisprudenciales y normativos de los últimos años relativos a los derechos de la naturaleza⁹, especialmente en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los ríos y lagos¹⁰.

No obstante, tal como lo reflejan los pronunciamientos revisados al inicio de este trabajo, interpretaciones que asumen que la identidad cultural indígena está siempre *especialmente* vinculada las tierras o territorios en los que habitan, y que ven en la protección de dicha identidad cultural el fundamento último de la legislación sobre pueblos indígenas, pueden generar costos para los propios pueblos¹¹. Por una parte, estas lecturas pueden reducir el reconocimiento/protección de derechos solo a aquellos pueblos o comunidades que, pese a los procesos de colonización y aculturación a los que se han visto afectos, han logrado conservar su relación “especial” con las tierras, territorios y/o recursos naturales. Por otra, podrían limitar el tipo y escala de desarrollo que pretendan llevar a cabo los pueblos o comunidades en/con dichas tierras, territorios y/o recursos naturales, solo a aquel que el propio sistema jurídico estatal o internacional calificara como “tradicional” o “sustentable”¹². En otras palabras, una interpretación eco-cultural puede restringir indebidamente el acceso y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Por estas razones, en el presente trabajo delimitaré y analizaré dichos riesgos, con el fin de que puedan ser tomados en cuenta por autoridades legislativas, operadores jurídicos y actores indígenas al momento de implementar, interpretar y reivindicar estos derechos.

Metodológicamente, para ilustrar cómo se concretan en la práctica jurídica estas posibles consecuencias negativas, utilizaré un análisis de “derecho internacional comparativo vertical”¹³. Esto quiere decir que las explicaciones se harán a partir de la revisión de jurisprudencia tanto del orden internacional, como comparada. En concreto, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y

⁹ Ver GILBERT (2022).

¹⁰ O'DONNELL y otros (2020).

¹¹ Ver KENNEDY (2004) p. 7.

¹² Si bien ambos riesgos se encuentran íntimamente vinculados, cabe notar que esta relación no es “necesaria”. Es decir, la interpretación eco-cultural de las características de un derecho no limitará siempre y en todo lugar lo que las comunidades pueden hacer con ese derecho. Este es el caso, por ejemplo, de los Espacios Costeros de los Pueblos Originarios (ECMPO). Agradezco a Francisca Vergara por hacerme ver este punto.

¹³ SIEMS (2018) pp. 291 y 292.

la Corte Suprema de Canadá. La decisión de utilizar fallos de la Corte IDH sobre derechos territoriales indígenas y afrodescendientes, a pesar de los problemas hermenéuticos y de eficacia que presentan¹⁴, se funda en la importancia que suele adscribirsele a este tribunal en materia de derechos de los pueblos indígenas en América Latina¹⁵. El uso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá se basa en que, a pesar de no haber ratificado el Convenio N° 169, el resguardo a los derechos de los pueblos indígenas en este país se ha acercado ostensiblemente en los últimos años al régimen jurídico consagrado en el DIDH¹⁶. Esto puede apreciarse en el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a consulta¹⁷ y la aplicación que se le ha dado recientemente a nivel federal y provincial a la DNUDPI¹⁸.

En este orden de ideas, el artículo comienza (II) precisando conceptualmente las premisas sobre las que se articula una comprensión eco-cultural de los derechos territoriales indígenas. A continuación, (III) muestra cómo se materializa en la jurisprudencia de la Corte IDH el riesgo de limitar el reconocimiento de derechos territoriales, para luego (IV) analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá sobre el “título aborígen” (*aboriginal title*), y la forma en que genera el riesgo de restringir el desarrollo auto-determinado indígena. El artículo finaliza (V) con unas breves conclusiones sobre el tema tratado.

II. LA INTERPRETACIÓN ECO-CULTURAL Y SUS DESCONTENTOS

Desde la década de los ochenta, tanto en el ámbito internacional como nacional, los derechos territoriales de los pueblos indígenas han experimentado un importante crecimiento. Derechos a la propiedad o posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas; al uso de los recursos naturales existentes en sus territorios; a la participación y consulta, entre otros, son parte de un entramado jurídico en constante desarrollo¹⁹. Por regla general, este reconocimiento de derechos se presen-

¹⁴ En efecto, elementos tales como un método hermenéutico poco riguroso en el uso de fuentes externas y un proceso de decisión sin deferencia hacia los estados (ver PAÚL (2014)), entre otros, han generado una serie de resistencias externas e internas a las decisiones de la Corte IDH (ver CONTESE (2021)). En este sentido, se puede notar que el nivel de cumplimiento de los fallos es ostensiblemente bajo en todo lo que se refiere a las medidas de restitución y garantías de no repetición (ver BRAGA (2021) pp. 11 y ss., para la jurisprudencia en temática territorial indígena).

¹⁵ Por ejemplo, FUENTES (2015) p. 79.

¹⁶ Ver, por ejemplo, AYLWIN y POLICZER (2020) y CARMONA (2022).

¹⁷ Ver BANKES (2020).

¹⁸ A nivel federal, el año 2021 se dictó la *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, de 2021. Por su parte, la provincia de British Columbia adoptó el año 2019 la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (ver BANKES (2021)).

¹⁹ Ver, en general, GILBERT (2016).

ta por diferentes actores como siguiendo un trazado lineal y progresivo, que estaría permitiendo “aflojar las amarras de la colonización”²⁰.

A pesar de la prevalencia que puedan tener discursos de este tipo en la actualidad, es importante recordar que estos derechos no son necesariamente estables²¹. Las disposiciones que articulan este entramado legal responden a bases conceptuales diversas²², se encuentran en fuentes del derecho internacional de distinto peso normativo y muchas veces son inconsistentes entre sí²³. Adicionalmente, dado que los significados de las normas dependen no solo de los límites y las oportunidades creadas por los enunciados normativos, sino de las interpretaciones y estrategias de los actores que utilizan el derecho²⁴, estas pueden ser instrumentalizadas y adaptadas a diferentes realidades²⁵.

En este contexto, la “interpretación eco-cultural” no es una característica estructural del régimen contemporáneo de derechos territoriales indígenas. Es, en cambio, la reconstrucción conceptual de un tipo de interpretación jurídica presente en diferentes grados en la teoría y práctica de los derechos indígenas²⁶. En tanto modelo conceptual, es posible identificar que esta interpretación se construye en base a dos premisas, una fáctica y otra normativa. Hay, en primer lugar, una presunción de que la identidad y formas de vida indígenas están vinculadas de manera inescindible a un respeto y cuidado de la naturaleza. En segundo lugar, se opera bajo la creencia de que la protección de la identidad cultural indígena es el fundamento común y marco principal de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas. Ambas premisas, se puede adelantar, son a lo menos cuestionables, cuando no derechamente erróneas.

En este orden de ideas, el objetivo de esta sección es delimitar conceptualmente cada una de las dos premisas que componen la interpretación eco-cultural, mostrando los problemas que tienen en sus construcciones y cómo de ellas se derivan los riesgos que produce la interpretación eco-cultural –i.e., limitar el acceso y ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas–.

1. LAS TIERRAS Y LA ESENCIA DE LA IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA

La interpretación eco-cultural, lo decía, se construye a partir de una premisa fáctica: que la identidad y formas de vida indígenas están vinculadas de manera

²⁰ CARPENTER y RILEY (2014), p. 176. Esta y el resto de las traducciones del inglés de este artículo, corresponden a traducciones libres del autor.

²¹ LARSEN (2016) párr. 27.

²² KINGSBURY (2002) y GILBERT (2016) p. 303.

²³ CHARTERS (2011), pp. 300-303.

²⁴ RODRÍGUEZ (2012) p. 52.

²⁵ LARSEN (2016) párr. 27.

²⁶ Esta reconstrucción conceptual permite distinguir mejor sus premisas básicas y, consecuentemente, identificar los riesgos que generarían aquellas interpretaciones que se acerquen a dichos supuestos. Agradezco a la profesora Lorena Espinosa por su ayuda en este tema.

inescindible a un respeto y cuidado de la naturaleza. Es decir, la relación con sus tierras, territorios y recursos naturales es “especial”, y por tanto digna de protección, no solo porque está vinculada al pasado tradicional²⁷. Es “especial”, porque se trata de una relación de respeto y cuidado con la naturaleza, de la que depende incluso la propia supervivencia cultural del pueblo²⁸. Esta vinculación, además, usualmente va de la mano con una imagen de los pueblos indígenas –en ocasiones reivindicada estratégicamente por organizaciones indígenas en diversos foros²⁹– como grupos que viven “en armonía con la naturaleza”³⁰.

Posturas cercanas a esta premisa pueden observarse muchas veces en reportes de órganos de derechos humanos³¹. Por ejemplo, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (EMRIP, por sus siglas en inglés) recientemente indicó que, para estos pueblos, la tierra es el elemento “que define su identidad y cultura y su relación con los antepasados y generaciones futuras”³². En un sentido similar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado que:

Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural³³.

Esta imagen probablemente se adecúa a la realidad o planes de vida de distintos grupos indígenas. Es innegable que gran parte de las filosofías y cosmovisiones indígenas propugnan una relación con la naturaleza basada en los principios de “relacionalidad, interdependencia sistémica e interconexión de sus diversos elementos”³⁴. De igual forma, muchas de las prácticas indígenas tradicionales tienen un carácter sustentable y, todavía más, han probado ser relevantes para la conservación de la biodiversidad³⁵. Asimismo, existen casos en donde la propia identidad indígena ha emergido a partir de un proceso de resistencia a la mercantilización (*commodification*) de la naturaleza propiciada por regímenes jurídicos de corte neo-

²⁷ RIVAS (2017) p. 35.

²⁸ Esta idea se encuentra, por ejemplo, en TOBIN (2014) p. 142; y GILBERT (2016) p. 2.

²⁹ Ver MORGAN (2004) pp. 492 y ss.; ENGLE (2010) p. 66; y BARELLI (2016) pp. 138 y 139.

³⁰ RICHARDSON (2008), p. 6.

³¹ Por supuesto, al mismo tiempo también existen pronunciamientos de órganos de tratado que se distancian de esa lógica. Tómese como ejemplo el denominado “*non-frozen rights approach*” utilizado por el Comité de Derechos Humanos. Ver GILBERT (2022) pp. 409-410 y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, CCPR/C/70/D/547/1993 párr. 9.4.

³² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/45/38 párr. 5.

³³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, CERD/C/GC/32 párr. 36.

³⁴ GALDÁMEZ y MILLALEO (2020) p. 52.

³⁵ Ver, por ejemplo, SCHUSTER y otros (2019) p. 4.

liberal³⁶. No obstante, este cuadro no representa necesariamente a la mayoría de la población indígena.

En efecto, ya sea por sus propias actividades pre-coloniales o producto de los procesos de aculturación y desposesión territorial de los que han sido víctimas, la realidad de muchas comunidades indígenas supone una relación más compleja, matizada y multidimensional con su entorno y las formas de producción modernas. Piénsese en el importante porcentaje de población indígena urbana que existe hoy en día y que, por lo mismo, se ha visto en la necesidad de re-inventar y re-componer su interacción con un territorio emplazado en la ciudad³⁷. En lo concerniente a la industria extractiva, se puede apreciar que las actitudes indígenas hacia estas iniciativas son más bien diversas. Hay casos en que las comunidades pueden rechazar estos proyectos en sus territorios. Pero también hay experiencias en que se ve valor en el involucramiento en este tipo de economías³⁸, tienen al respecto una actitud “ambivalente”³⁹ o, derechamente, son quienes llevan a cabo este tipo de desarrollo⁴⁰. Nótese también que, a pesar de las consecuencias perjudiciales que los tratados de inversión y libre comercio han tenido para los pueblos indígenas⁴¹, en la actualidad existen pueblos que ven en este régimen internacional una oportunidad para mejorar su bienestar físico, social y político⁴². Por lo demás, existen prácticas tradicionales indígenas que no son compatibles con la conservación y sostenibilidad ambiental, como es el caso los métodos tradicionales de caza de ballenas y el sufrimiento asociado a él⁴³.

En vista de lo anterior, asumir y proyectar ontológicamente una figura común de *lo* indígena implica la simplificación y homogeneización de una multiplicidad de formas de vida que, por diversas razones, desbordan los marcos de lo tradicional o sustentable.

2. LA IDENTIDAD CULTURAL Y EL RÉGIMEN CONTEMPORÁNEO DE DERECHOS INDÍGENAS

La segunda premisa en que se basa una interpretación eco-cultural es de carácter normativo. En este supuesto, se eleva la protección de la identidad cultural indígena, de *una* de las finalidades de los derechos de los pueblos indígenas, al fundamento común y marco principal de interpretación de estos derechos⁴⁴.

³⁶ Ver, por ejemplo, PRIETO (2022).

³⁷ Ver CUALKINS (2020).

³⁸ PENFIELD (2019) p. 88.

³⁹ LORCA Y OTROS (2022) p. 3.

⁴⁰ MCNEISH (2022) p. 242.

⁴¹ PRIETO-RÍOS y RIVAS-RAMÍREZ (2020).

⁴² BORROWS (2020) p. 17.

⁴³ Ver FITZMAURICE (2018) pp. 219 y ss.

⁴⁴ Esta parece haber sido la posición inicial del profesor Juan Jorge Faundes (ver FAUNDES (2019) pp. 515 y ss.). Sin embargo, actualmente el profesor Faundes ha sostenido que existen dos derechos

Un diagnóstico de este tipo fue esbozado críticamente ya hace algunos años por Karen Engle. Esta autora mostró cómo, durante la década de los ochenta y principios de los noventa, los movimientos indígenas latinoamericanos —a diferencia de los grupos indígenas del Norte Global (Canadá, USA, Australia y Nueva Zelanda) que ponían el énfasis en una noción fuerte de libre determinación⁴⁵— habían enmarcado sus demandas y estrategias de incidencia a través del “derecho a la cultura”. Al hacerlo, las organizaciones indígenas afirmaban una cosmovisión que respetaba la tierra y el medio ambiente⁴⁶. Para Engle, los instrumentos legales que reconocerían los derechos de los pueblos indígenas —desde el Convenio N° 169 a la DNUDPI— seguirían la línea de los movimientos indígenas latinoamericanos, al proteger a los derechos indígenas en base a un marco de derechos humanos, particularmente a través del derecho a la cultura⁴⁷.

Lecturas en esta línea pueden encontrarse también a propósito del criterio de procedencia del derecho a consulta. Hace unos años, el entonces Relator Especial de derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, indicó que la consulta procedía “siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”⁴⁸. En Chile, este énfasis de Anaya en la “percepción” indígena de la afectación ha llevado a interpretaciones judiciales y doctrinarias que entienden que la consulta es obligatoria *solo* ante impactos que afecten de manera “diferenciada” a los pueblos indígenas. Es decir, al analizar la procedencia de la consulta se descarta toda afectación que no se refiera “una característica propiamente indígena”, ni diga relación con “la cultura o modo de sustento indígena”, ni involucre “de por sí una identidad exclusiva o primariamente indígena”⁴⁹. Según estas interpretaciones, esta exigencia se fundamentaría en el bien jurídico protegido en la consulta: la diversidad cultural⁵⁰.

Este tipo de interpretaciones, sin embargo, se basan en una reconstrucción errónea del ordenamiento jurídico internacional. Es cierto que, desde la adopción del Convenio N° 169⁵¹, la valoración y protección de las culturas indígenas es un principio fundamental del régimen contemporáneo de derechos indígenas⁵² —incluido del derecho a consulta⁵³—, pero no es el único. El sistema jurídico internacional

matrices del conjunto de derechos de los pueblos indígenas, a saber, libre determinación y protección a la identidad cultural. Ver FAUNDES (2022) p. 632.

⁴⁵ ENGLE (2010) pp. 49-55.

⁴⁶ ENGLE (2010) pp. 55-66.

⁴⁷ ENGLE (2010) pp. 106 y ss.; y ENGLE (2011).

⁴⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/12/34 párr. 43.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Valdivia, 18/10/2013, considerando 11°.

⁵⁰ LÓPEZ y MOHR (2014) p. 115.

⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005) p. 321.

⁵² Ver, por ejemplo, KUPPE (2009) pp. 110 y ss.; CABRERA (2017) p. 61; MONTEIRO DE MATOS (2018) pp. 278 y 279; y GILBERT (2022) pp. 409 y ss.

⁵³ Ver CARMONA (2017) pp. 492-494.

actual de derechos colectivos de los pueblos indígenas es, en su esencia, “dual”. Es decir, se basa tanto en el principio de protección de la cultura como en el de libre determinación. Esta idea, estimo, es clara en el Convenio N° 169.

Ya hemos visto cómo, para Engle, este tratado es el epítome de un modelo de protección basado en el derecho a la cultura, en el cual hay “un rechazo explícito de la libre determinación en el sentido reconocido en el derecho internacional”⁵⁴. Pero esta es una lectura demasiado superficial de sus disposiciones. Un examen más detenido, siguiendo las prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Arts. 31 y 32)⁵⁵, da cuenta de dos cosas. Primero, que el énfasis de este instrumento en la cultura es bastante más matizado de lo que sugiere Engle. Segundo, que sí es posible identificar en el Convenio N° 169 la existencia del derecho a la libre determinación en su dimensión “interna” –i.e., aquella que se centra en que estos pueblos puedan tener un grado de control importante de sus asuntos internos, sin amenazar la integridad territorial de los Estados–. Estos puntos son importantes, por lo que deben ser analizados con cierto detalle.

2.1. Cultura, identidad y derechos

Comencemos problematizando la idea de la prevalencia del derecho a la cultura en el Convenio N° 169. Si bien es innegable que la protección de la identidad cultural es un principio que recorre transversalmente este tratado, el lugar que ocupa en sus disposiciones no es siempre preminente, ni tampoco se vincula en todos los casos a un comportamiento “tradicional”. Esto es claro, entre otros, en la definición de “pueblos indígenas”.

En su Art. 1, el Convenio N° 169 establece dos criterios objetivos y uno subjetivo para determinar a quiénes considera como pueblos indígenas. Los criterios objetivos consisten, por una parte, en que se trate de poblaciones que habitaban un territorio previo al establecimiento del Estado; y, por otra, en que conserven “todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella” (Art. 1 N° 1 (b)). Adicionalmente, como criterio subjetivo, señala que la “conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental” para determinar si son o no pueblos indígenas (Art. 1 N° 2).

En vista de lo anterior, hay cuatro razones para sostener que el papel de la cultura no es, en lo absoluto, preponderante en la determinación de la calidad “indígena” de un pueblo. De partida, para apuntar lo obvio, son dos los criterios objetivos los que tienen que estar presentes, el histórico y el cultural. Segundo, de estos dos, el criterio de la conexión histórica a un territorio es el único que aparece en términos absolutos. El de conservación cultural, al contrario, puede cumplirse parcialmente –*todas o una parte* de sus instituciones propias, dice el enunciado normativo–. Tercero, que en este último requisito las “instituciones” que deben conser-

⁵⁴ ENGLE (2010) p. 109.

⁵⁵ Para una aplicación de estas reglas al Convenio N° 169, en que se considere también su carácter de tratado de derechos humanos, ver CARMONA (2022).

vase son cualificadas con el adjetivo “propias” (*own*) y no “tradicionales”. Es decir, “[n]o es (...) el origen lo que otorga la legitimidad de una práctica o institución reconocida como indígena sino más bien su vigencia y el sentido que tenga para el grupo”⁵⁶. Finalmente, se debe tener en cuenta que la lectura de los elementos objetivos del Art. 1 N° 1 (b) debe ser hecha bajo el prisma fundamental de la autoidentificación del propio pueblo como “indígena”.

Así, la prevalencia del elemento “cultural-tradicional” en la determinación de qué pueblos son “indígenas”, simplemente no es tal. Lo mismo sucede en la configuración de otros conceptos y derechos fundamentales del Convenio N° 169, como el concepto “territorio” o el régimen de derechos sobre los recursos⁵⁷.

2.2. Libre determinación interna o autonomía

La libre determinación interna o autonomía, lo indicaba, es también un valor central del Convenio N° 169, como se aprecia de una lectura detenida del tratado. En el párrafo quinto del Preámbulo, se parte por reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”. En la parte operativa, este principio se infiere, primero, de las normas relativas al derecho a consulta (Arts. 6, 15 N° 2, 17 N° 2 y 28 N° 1), en tanto este derecho ha sido entendido como una manifestación, también, del derecho a la libre determinación⁵⁸. De igual forma, aquellas disposiciones en que se establece el derecho de estos pueblos a mantener y actuar a través de sus “propias instituciones” (Arts. 5 (b), 6 N° 1 (a) y 8 N° 2), son manifestación clara de una forma de autonomía institucional⁵⁹. Por último, no debe olvidarse que el art. 7 N° 1 establece expresamente que estos pueblos tienen “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. El recurso a los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 permite ratificar esta idea. En efecto, como se puede ver desde las discusiones iniciales, el que los pueblos indígenas pudiesen tener tanto control como fuese posible de su desarrollo social, cultural y económico, fue uno de los principios orientadores de este tratado⁶⁰. Por lo mismo, como señaló tempranamente Barsh, “aunque [esta] convención no se refiere de manera explícita a un derecho a la libre determinación, al autogobierno o a la autonomía, indirectamente logra el mismo resultado”⁶¹.

No obstante, si esto es así ¿cuál es el significado del Art. 1 N° 3, que prescribe que el término “pueblos” “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término

⁵⁶ SIERRA (1997) p. 135.

⁵⁷ Ver abajo, sección III.2.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, CABRERA (2017) pp. 55 y ss.

⁵⁹ Ver CABRERA (2017) p. 60.

⁶⁰ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (Report VI (1)) pp. 30 y 31.

⁶¹ BARSH (1990) p. 215.

en el derecho internacional”? Esta disposición respondía al temor de los estados de que la utilización del término “pueblos” pudiese llevar a la secesión o desmembramiento territorial⁶². Al respecto, cabe precisar que en un sentido esta prevención era innecesaria, toda vez que es relativamente pacífico que en derecho internacional no hay derecho a la secesión fuera del contexto de la descolonización⁶³. Pero más allá de ello, tal como se desprende de los trabajos preparatorios, esta clarificación implicaría que, entre muchos otros derechos, los pueblos indígenas tienen el derecho a un alto grado de libre determinación dentro del marco de los Estados-nación, pero que cualquier consecuencia de este derecho en el derecho internacional simplemente se encuentra fuera del área de competencia de la OIT⁶⁴.

Visto lo anterior, no es de extrañar que la literatura especializada tienda a coincidir en que tanto el Convenio N° 169⁶⁵ como el sistema jurídico internacional actual de derechos colectivos de los pueblos indígenas⁶⁶ es dual. Es decir, se basa tanto en el principio de protección de la cultura como el de libre determinación. Como consecuencia, una reconstrucción del ordenamiento jurídico como la postulada por una interpretación eco-cultural sería a lo menos incompleta.

Resumiendo, las dos premisas sobre las que se erige una interpretación eco-cultural responden a una serie de simplificaciones, ya sea sobre la realidad de la población indígena, ya sea sobre el sistema jurídico internacional contemporáneo. Asumir estas nociones no es trivial. Al contrario, hace que la comprensión eco-cultural de los derechos territoriales pueda traer consecuencias negativas para los propios sujetos de derecho. En concreto, puede tanto dejar “afuera” a una importante parte de la población indígena actual que no cumple con ciertos requisitos, como reducir el margen de autonomía de aquellos pueblos o comunidades que sí lograron probarlos. Las secciones (III) y (IV) se dedican a explicar conceptualmente estos riesgos, mostrando cómo aparecen en la jurisprudencia interamericana y canadiense⁶⁷.

⁶² HUACO (2015) p. 54.

⁶³ CHRISTAKIS (2015) pp. 80-89. Con todo, autores como James Anaya y Erueti han argumentado que los pueblos indígenas sí tendrían un derecho a la secesión en función a la noción de libre determinación como “remedio” frente a violaciones graves de derechos humanos (ANAYA (2004) p. 109 y ERUETI (2022) pp. 145-146). No obstante, esta teoría es altamente controvertida en el derecho internacional y no puede decirse que constituya derecho positivo. Ver CHRISTAKIS (2015) pp. 88 y ss.

⁶⁴ SWEPSTON (2015) p. 86.

⁶⁵ Por ejemplo, CABRERA (2017) p. 60 y ROMBOUTS (2017) p. 183.

⁶⁶ Ver, por ejemplo, MONTEIRO DE MATOS (2018); y FAUNDES (2022) p. 632.

⁶⁷ Se debe prevenir que las descripciones y análisis de las sentencias que siguen deben entenderse como refiriendo solo a una línea específica, relativamente diferenciable, de la jurisprudencia de ambas entidades y no como una descripción omnicompreensiva de las posturas de estas cortes.

III. PUEBLOS INDÍGENAS, DERECHOS Y LA PARADOJA DE LA DIFERENCIA CULTURAL

Tal como fue conceptualizada, la comprensión eco-cultural entiende que la función primordial de los derechos territoriales indígenas es el resguardar una identidad cultural centrada en un vínculo especial o “conexión distintiva”⁶⁸ de los pueblos indígenas con las tierras, territorios y recursos naturales que habitan y/o usan. En ciertos escenarios, interpretaciones en esa línea han generado espacios de reconocimiento y protección a los pueblos indígenas. En América Latina, han sido parte importante de los discursos de reivindicación y reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas⁶⁹. Para los movimientos indígenas de Asia y África, han probado ser una herramienta fundamental tanto para encontrar una causa común con el movimiento internacional indígena –particularmente en Latinoamérica–, como para mitigar las aprensiones de los estados, asegurando que sus prioridades son más de índole cultural que autonómica⁷⁰.

El problema es que, en estricto rigor, un reconocimiento de derechos basados en una diferencia cultural supone distinguir “entre los grupos que conservan sus usos y costumbres –los que deben ser, en principio, respetados–, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República”⁷¹. En otras palabras, que el grado de protección dependerá del grado de conservación de costumbres tradicionales o de su nivel de diferencia cultural. Así concebida, como notó Andrew Erueti, la apelación a estos argumentos contiene una paradoja: “Es una justificación esencial para el reconocimiento de derechos indígenas, al mismo tiempo que coloca obstáculos importantes en el camino al reconocimiento de derechos indígenas”⁷². En efecto, uno de los riesgos que genera la interpretación eco-cultural es reducir el número de pueblos o comunidades que tendrían acceso al reconocimiento de derechos sobre la tierra, territorio y/o recursos naturales. Es decir, solo aquellos pueblos/comunidades que han podido o decidido mantener su “relación especial” –i.e., tradicional y sustentable– con los territorios en que habitan, tendrían legitimidad activa para demandar derechos sobre esos espacios. El resto, pueblos o comunidades que fueron asimiladas o simplemente no respondían a ese ideal en primer lugar, serían “invisibles”⁷³.

Pero no solo eso. El énfasis en este tipo de diferencia cultural también puede empujar a grupos indígenas a “actuar” de una determinada manera para poder “calzar” con la imagen que proyecta Occidente del “ser” indígena y así poder optar a

⁶⁸ DANNENMAIER (2008).

⁶⁹ BENGGA (2000).

⁷⁰ ERUETI (2011) p. 116 y ERUETI (2022) pp. 85 y ss.

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, 30/05/1994, párr. 7.1. Con todo, cabe señalar que posteriormente la Corte Constitucional reinterpretó dicha máxima. Ver Corte Constitucional de Colombia, 4/12/2009, párr. 4.3.

⁷² ERUETI (2011) p. 117.

⁷³ SYLVAIN (2002) p. 1080.

“tener derechos”. “[E]n donde los reclamantes pueden ser identificados como estando ‘en sintonía’ con la naturaleza, como defensores del desarrollo sustentable”, ha explicado Stephen Young, “será más fácil identificarlos como pueblos indígenas”⁷⁴. En este sentido, Rénee Sylvain ha mostrado que esto puede derivar en que las comunidades “oculten la verdad acerca de en quienes se han convertido después de una historia de colonización”⁷⁵.

Esta estructura simultánea de “reconocimiento/no-reconocimiento”⁷⁶ propia de la interpretación eco-cultural, estimo, puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos territoriales indígenas y tribales⁷⁷, como mostraré a continuación.

1. LAS RESTRICCIONES AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH

Desde el año 2001 con “*Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*” (*Awas Tingni*), la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido considerada como uno de los puntales en la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas⁷⁸, al sostener que el derecho de propiedad consagrado en el Art. 21 de la CADH es aplicable a la propiedad comunal indígena⁷⁹. Con todo, su lógica se acerca ostensiblemente a lo que he conceptualizado como una interpretación eco-cultural.

Este tribunal regional parte de la noción de que la cultura indígena se constituye “a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”⁸⁰. Esta “relación única con sus tierras tradicionales”, afirma, es la que sustenta “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas”⁸¹. Y es, justamente, esta “relación especial” el objeto que debe ser salvaguardado por el Art. 21 de la CADH⁸². De hecho, en caso de pérdida de las tierras

⁷⁴ YOUNG (2020) p. 204.

⁷⁵ SYLVAIN (2002) p. 1082.

⁷⁶ SAWYER y GOMEZ (2012) p. 14.

⁷⁷ Tal como advirtió Dulitzky, las sentencias de la Corte IDH sobre pueblos afrodescendientes se estructuran sobre las mismas bases conceptuales que las de pueblos indígenas y generan, por ende, riesgos similares. DULITZKY (2010).

⁷⁸ Esta configuración se ha mantenido relativamente estable en las dos décadas siguientes a *Awas Tingni*. Véase, en general, LÓPEZ ESCARCENA (2017). Con todo, en la *Lhaka Honhat* la Corte analiza de manera autónoma, a partir del Art. 26 de la CADH, las vulneraciones a los derechos a la identidad cultural y el medio ambiente sano, desligando en este sentido la identidad cultural de la propiedad sobre tierra. Ver *Lhaka Honhat vs. Argentina* párrs. 92-98 y párrs. 186-289. Puede ser interesante revisar sobre este tema las posturas disímiles expresadas por los jueces Ferrer Mac-Gregor y Sierra Porto en sus votos separados. Al respecto, ver LÓPEZ ESCARCENA (2022). De todas formas, el resguardo del derecho de propiedad indígena sigue articulándose en similares términos que en *Awas Tingni*.

⁷⁹ Corte Interamericana de DD.HH., *Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 153.

⁸⁰ Corte Interamericana de DD.HH., *Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 135.

⁸¹ Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 112.

⁸² Corte Interamericana de DD.HH., *Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 137.

por razones ajenas a su voluntad, los pueblos indígenas solo tendrán derecho a recuperarlas mientras se mantenga su relación especial con ellas —y que esta relación haya sido posible, por cierto—⁸³. En consecuencia, el objetivo explícito de proteger las tierras que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas es que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional”⁸⁴.

La misma idea se replica para fundar la propiedad de los recursos naturales y respecto a las medidas que el Estado debe cumplir para asegurar que una restricción al derecho de propiedad indígena sea proporcional⁸⁵. En efecto, en *Saramaka vs. Surinam* —caso que involucra a un pueblo tribal— la Corte extiende el derecho de propiedad a los recursos naturales existentes en sus tierras, pues sin estos recursos “la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”⁸⁶. En esta misma sentencia, la Corte IDH también establece que, para evitar que una restricción al derecho de propiedad no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debía cumplir con tres “garantías”. Estas eran: participación efectiva —consulta o consentimiento, dependiendo del caso—; estudio previo de impacto social y ambiental; y que los miembros de este pueblo se beneficien razonablemente del plan de desarrollo⁸⁷. Pues bien, el fundamento de estas medidas es el mismo que en el resto de los casos: “‘preservar, proteger y garantizar la relación especial’ que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia”⁸⁸.

De este somero repaso de la jurisprudencia interamericana sobre derechos territoriales indígenas, parece claro que la base para reconocer y proteger la propiedad indígena sería el vínculo o relación especial entre tierras, territorios o recursos naturales y la identidad del pueblo. Como puede anticiparse, el problema es que el “[a]tar las culturas de estos pueblos a la propiedad colectiva rural impide la protección de su identidad en otros contextos”⁸⁹. En efecto, así estructurada, esta jurisprudencia “realza las reivindicaciones de los pueblos indígenas y ciertas comunidades Afrodescendientes, al mismo tiempo que excluye, o no otorga los mismos o similares derechos a otras comunidades en circunstancias materiales similares”⁹⁰. Este riesgo se hace patente en al menos tres aspectos de la jurisprudencia interamericana: los derechos sobre los recursos naturales; la compatibilidad de la propiedad indígena con la conservación ambiental; y en la decisión de a qué pueblo o comunidad reconocer un derecho de propiedad indígena.

⁸³ Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 112.

⁸⁴ Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 121.

⁸⁵ Sobre estas medidas en la jurisprudencia interamericana ver, en general, FUENTES (2017).

⁸⁶ Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 121.

⁸⁷ Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 128.

⁸⁸ Corte Interamericana de DD.HH., *Lhaka Honhat vs. Argentina*, párr. 175.

⁸⁹ LÓPEZ ESCARCENA (2022) p. 210.

⁹⁰ DULITZKY (2010) p. 46.

1.1. ¿Quién tiene propiedad sobre los recursos naturales?

Comencemos fijándonos en los criterios emanados de la Corte IDH para determinar la propiedad de los recursos naturales. Para la Corte, el derecho de propiedad sobre recursos naturales se extiende a aquellos que los pueblos “han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”⁹¹. Son dos, entonces, los requisitos que debiesen cumplir los pueblos/comunidades al momento de alegar propiedad sobre los recursos naturales: uso tradicional y que el recurso sea necesario para la supervivencia y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo. Aunque tiene sus complejidades, el primer elemento es común a diversos cuerpos normativos⁹². Es el segundo el que es más complejo de alcanzar. Como notó Nigel Bankes, “la idea de probar que algo es esencial para la supervivencia como parte del establecimiento de una demanda de propiedad parece mucho más conflictivo”⁹³.

El alto estándar que exige la Corte puede apreciarse mejor si se contrasta someramente con el régimen de derechos a los recursos naturales establecido en el Art. 15 N° 1 del Convenio N° 169. Esta disposición señala: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Es cierto que la norma no garantiza la propiedad sobre los mismos ni especifica qué derechos tendrían estos pueblos, salvo por un piso mínimo de participación “en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. No obstante, el criterio para determinar quiénes son titulares de estos derechos es más amplio que el de la Corte IDH. El Art. 15 N° 1 no requiere un “uso tradicional” de los recursos naturales, ni demanda que estos sean “necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”⁹⁴. Basta, simplemente, que los recursos “existan” en sus “tierras” para que los pueblos indígenas tengan derechos sobre dichos recursos y que esos derechos deban “protegerse especialmente”. Adicionalmente, debe relevarse que, cuando el Art. 15 N° 1 habla de “tierras”, por aplicación del Art. 13 N° 2 se refiere a “territorios”. Esta distinción no es trivial. A diferencia de la jurisprudencia de la Corte IDH –al menos hasta *Lhaka Honhat*⁹⁵–, el Convenio N° 169 distingue nítidamente tierra y territorio⁹⁶, comprendiendo este último concepto “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan *de alguna otra manera*”⁹⁷ (Art. 13 N° 2, Convenio N° 169). Esta distinción amplía aún más los posibles titulares de derechos, dado que los recursos

⁹¹ Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 122.

⁹² Por ejemplo, el Art. 14 N° 1 del Convenio N° 169 y el Art. 26 N° 2 de la DNUDPI.

⁹³ BANKES (2010) p. 490.

⁹⁴ Corte Interamericana de DD.HH., *Saramaka vs. Surinam (Fondo)*, párr. 122.

⁹⁵ Ver LÓPEZ ESCARCENA (2022) pp. 202 y ss.

⁹⁶ LÓPEZ ESCARCENA (2016) p. 154.

⁹⁷ Énfasis agregado.

sobre los que se tendría derechos no son aquellos que existan en tierras ocupadas tradicional o inmemorialmente⁹⁸. Al contrario, abarcan a todos los recursos naturales que se emplacen en espacios geográficos ocupados “de alguna otra manera”. Por lo mismo, la norma del Art. 15 N° 1 permite un mayor acceso a los derechos sobre recursos naturales.

1.2. ¿Quiénes pueden acceder a las áreas protegidas?

Un segundo aspecto de la jurisprudencia interamericana en donde se materializa el riesgo de limitar los titulares de derechos, aparece cuando la propiedad indígena está en tensión con la creación de áreas protegidas. Ya en “*Xákmok Kásek vs. Paraguay*” (*Xákmok Kásek*), del año 2010, la Corte había abordado este tema, a propósito de la declaración de una reserva natural privada en territorio reivindicado por una comunidad indígena, sin mediar consulta. Para la Corte, estas circunstancias significaban la vulneración del derecho de propiedad de la comunidad y, consecuentemente, a su identidad cultural⁹⁹. Sin embargo, al efectuar su análisis no integró mayormente los objetivos ambientales envueltos en el caso, resolviendo que debía considerarse nulo el decreto que creaba la mentada reserva¹⁰⁰. En “*Kaliña y Lokono vs. Surinam*” (*Kaliña y Lokono*), del año 2015, la Corte vuelve sobre este tema respecto a dos situaciones particulares: mantenimiento de reservas –pues su creación había sido con anterioridad a la competencia de la Corte–; y las restricciones en el acceso a dichas reservas. Esta vez, eso sí, considera los objetivos ambientales junto con los indígenas.

Respecto al mantenimiento de reservas, constatado que fueran parte de su territorio tradicional, al momento en que se solicite su reivindicación la Corte expresa que “el Estado deberá ponderar entre los derechos colectivos de los Pueblos Kaliña y Lokono y la protección del medio ambiente como parte del interés general”¹⁰¹. En relación con las restricciones de acceso, procede a evaluar la proporcionalidad de dichas restricciones en función del cumplimiento del objetivo de protección ambiental. Pero, al hacerlo, parte de la “necesidad de compatibilizar” ambos objetivos, ya que “ciertos usos tradicionales [indígenas] conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación”¹⁰². “[L]os pueblos, indígenas y tribales”, argumenta la Corte, “por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación”¹⁰³. Para alcanzar esta compatibilidad el tribunal regional establece tres elementos fundamentales: participación efectiva de estos pueblos en los objetivos de las reservas; acceso y uso de sus territorios ancestrales a través de sus formas

⁹⁸ AGUILAR (2005).

⁹⁹ Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 170 y ss.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de DD.HH., *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 312.

¹⁰¹ Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 168.

¹⁰² Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 173.

¹⁰³ Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 181.

tradicionales de vida; y que participen de los beneficios de la conservación¹⁰⁴. Sin embargo, acota: “todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible”¹⁰⁵. En otras palabras, solo se reconocerán aquellas prácticas y usos “sustentables”.

El limitar los derechos indígenas en función de la protección ambiental es un resultado que puede estar perfectamente justificado en el DIDH. El problema con el razonamiento de la Corte es que “improductivamente esencializa la identidad indígena y refuerza el mito del ‘buen salvaje’”¹⁰⁶ y, al hacerlo, evita o disuelve el conflicto de derechos. Es decir, al partir de la base de la compatibilidad de prácticas indígenas con la conservación, ya no existe la posibilidad de la protección ambiental sea “derrotada” por la realización de las prácticas indígenas “no sustentables”. En este sentido, los requisitos de participación, acceso y beneficios descritos en el párrafo anterior como forma de asegurar la compatibilidad entre ambos objetivos, siguen enmarcándose en el paradigma de la protección y utilización sostenible del medio ambiente. Es decir, hay una decisión previa de que, en estos casos, el reconocimiento de derechos territoriales dependerá, finalmente, de qué tanto se acerque –o se amolde– una comunidad a esta figura ideal de “ser” indígena.

1.3. ¿Quién tiene propiedad sobre la tierra?

Una última dimensión en donde es apreciable el riesgo descrito en esta sección tiene que ver con el nivel de abstracción del criterio establecido para determinar los titulares de la propiedad tradicional de la tierra. Para explicar este punto, es menester volver a *Awas Tingni*, único caso de derechos territoriales que presenta un cumplimiento completo a la fecha¹⁰⁷.

En lo central, esta sentencia reconoce el derecho de propiedad tradicional de la Comunidad Awas Tingni sobre su territorio ancestral, ordenando delimitar, demarcar y titular las tierras correspondientes¹⁰⁸. Pero, al hacerlo, la Corte omite pronunciamiento sobre el derecho de propiedad de otras comunidades indígenas ocupantes de una parte de dicho territorio. En efecto, durante la tramitación de esta causa, peritos e incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus alegatos, señalaron la existencia de tierras compartidas tradicionalmente por Awas Tingni y otras comunidades. En concreto, una parte del territorio de Awas Tingni se superponía con el territorio reivindicado por un bloque de comunidades Miskito. La solución, sugerían peritos y la CIDH, pasaba por reconocer alguna forma de dominio o uso y posesión común –es decir, entre todas las

¹⁰⁴ Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párrs. 181 y 192.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de DD.HH., *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, párr. 181.

¹⁰⁶ LIXINSKI (2017) p. 154.

¹⁰⁷ *Awas Tingni vs. Nicaragua (cumplimiento)*.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de DD.HH., *Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 164.

comunidades— sobre dichos territorios¹⁰⁹. A pesar de que la Corte IDH da cuenta de este traslape territorial, no accede a declarar un dominio compartido. Expresa, en cambio, que “los miembros de la Comunidad Awás Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas”¹¹⁰.

Como puede observarse, la Corte IDH reserva el dominio de los territorios solo a Awás Tingni. Así, a pesar de que los dos grupos indígenas utilizaban actualmente un territorio común, la Corte deniega la petición de la CIDH de declarar algún tipo de dominio conjunto. El problema es que la Corte no explicita sus razones para negar este reconocimiento a las comunidades Miskito y con ello, no se hace cargo las dificultades derivadas del grado de abstracción de un reconocimiento basado en la “conexión distintiva” entre pueblo y territorio. Este criterio no solo puede invisibilizar la complejidad de las relaciones intercomunitarias, tipos de ocupaciones y solapamientos territoriales que existen en la realidad. También puede limitar el acceso a los derechos territoriales de aquellas comunidades que, aun habitando el mismo territorio, no cumplen con alguno de los parámetros requeridos¹¹¹.

En suma, la doctrina de derechos territoriales desarrollada por la Corte IDH en distintas sentencias, puede restringir los sujetos titulares de estos derechos solo a aquellos pueblos y comunidades que demuestren una “conexión distintiva” o “relación especial” entre tierras o territorios y su identidad cultural. Estas posibles consecuencias negativas, parece evidente, son predicables de todas aquellas decisiones que repliquen o se acerquen a las premisas de una interpretación eco-cultural.

IV. ¿EL RECONOCIMIENTO TERRITORIAL COMO LÍMITE AL DESARROLLO INDÍGENA?

En el apartado II de este trabajo se explicó que, en tanto modelo conceptual, la interpretación eco-cultural se basa en dos premisas, una fáctica y otra normativa. La premisa fáctica, es que la identidad cultural indígena está conectada de manera especial a las tierras, territorios y/o recursos naturales. La normativa, es que la protección de la identidad cultural indígena es el fundamento común y marco principal de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas en el régimen jurídico contemporáneo. Así construida, tal como se mostró en la sección III, la interpretación eco-cultural, al mismo tiempo que puede garantizar derechos a ciertos grupos indígenas, también puede dejar afuera a otros que, por decisión o imposición, ya no tienen aquella “relación especial” con sus tierras y medio ambiente. Pero, junto a este, existe otro riesgo; en concreto, que una vez reconocidos los

¹⁰⁹ Corte Interamericana de DD.HH., *Awás Tingni vs. Nicaragua*, párr. 83 (j), para el peritaje de Charles R. Hale; y párr. 140 (i), para lo alegado por la CIDH.

¹¹⁰ Corte Interamericana de DD.HH., *Awás Tingni vs. Nicaragua*, párr. 153.

¹¹¹ La propiedad de las comunidades Miskito sería finalmente reconocida al momento de la implementación doméstica de la sentencia. Ver, *Awás Tingni vs. Nicaragua (cumplimiento)*.

derechos bajo estas bases, los pueblos o comunidades tendrían que comportarse de una determinada manera —e.g., tradicional, sustentable, etc.— para mantener dichos derechos. Así, si los pueblos indígenas:

son exitosos en conseguir el reconocimiento de derechos territoriales o al desarrollo sobre la base de la protección de sus prácticas tradicionales (...) se encontrarán sin embargo limitados en su capacidad para tomar decisiones autónomas (...) En lo que se refiere al desarrollo, algunas veces se verán restringidos a llevar a cabo formas desarrollo que sean ecológicamente sustentables¹¹².

En el mismo sentido, Elizabeth MacPherson ha relevado cómo, “en donde los derechos indígenas a la tierra y los recursos se basan en una idea de la diferencia cultural indígena, hay una tendencia a restringir los fines para los cuales dichos derechos pueden ser ejercidos”¹¹³. Es decir, existe el riesgo de que haya ciertos comportamientos que debiesen seguir, o determinadas actividades que les estarían proscritas, en relación con sus tierras, territorios y/o recursos tradicionales. Esto, evidentemente, supone un límite a su autonomía o libre determinación, especialmente en lo que se refiere al derecho al desarrollo¹¹⁴.

Ya se ha mostrado cómo la autonomía o libre determinación interna es un principio fundamental del Convenio N° 169. La DNUDPI, por su parte, establece expresamente el derecho a la libre determinación (Art. 3). En virtud de este derecho los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Más todavía, la libre determinación ha sido considerada por el EMRIP como la “norma fundamental” de la DNUDPI¹¹⁵ y se encuentra replicada en el Art. III de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI). En tanto manifestación del derecho a la libre determinación, la noción del derecho al desarrollo es un pilar central en la arquitectura contemporánea de los derechos de los pueblos indígenas en el DIDH. En términos generales, puede conceptualizarse como el principio de acuerdo al cual deben ser los propios pueblos indígenas quienes tengan una voz determinante en cómo se debe llevar adelante, y cuáles metas debe perseguir su proceso de desarrollo.

Al respecto, aunque no haga una mención expresa al “derecho al desarrollo” como tal¹¹⁶, el Convenio N° 169 de todas maneras busca garantizar como uno de sus ejes centrales que los pueblos indígenas puedan tener un grado de control importante sobre su propio desarrollo económico, social y cultural. Esto es evidente en el Art. 7 N° 1, en donde se expresa que estos pueblos deben tener “el derecho de

¹¹² ENGLE (2010) p. 7.

¹¹³ MACPHERSON (2019) p. 22.

¹¹⁴ Ver MORGAN (2004) p. 493.

¹¹⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (A/HRC/48/75) párr. 8.

¹¹⁶ Con todo, distintos autores y autoras han señalado que lo que hace el Convenio N° 169 en su Art. 7 es claramente reconocer el “derecho al desarrollo” de los pueblos indígenas. Ver, por ejemplo, PÉREZ-BUSTILLO y HOHMANN (2018) p. 492.

decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”, indicando además que tienen el derecho “de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. A diferencia del Convenio N° 169, tanto la DNUDPI como la DADPI reconocen abiertamente el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas (Art. 32 N° 1, DNUDPI; Art. XXIX, DADPI). Esto incluye, por cierto, el derecho “a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos” (Art. 32 N° 2, DNUDPI) y “a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo” (Art. 20 N° 1, DNUDPI).

Esta última referencia es importante. Da cuenta, en pocas palabras, de que el derecho al desarrollo autodeterminado de los pueblos indígenas no se agota, obviamente, en la reproducción y resguardo de sus formas de desarrollo tradicional, sino que puede abarcar otras formas de producción. Inclusive, como notó en su momento Anaya, “a emprender sus propias iniciativas para extraer los recursos de sus territorios si así lo desean”¹¹⁷. Por lo mismo, “apoyar la libre determinación indígena en un contexto económico requiere el reconocimiento de estas relaciones complejas”¹¹⁸. En sentido contrario, limitar el desarrollo indígena solo a lo “tradicional” implicaría una restricción a su autonomía.

Es interesante ver cómo esta consecuencia negativa se materializó en la implementación de una de las sentencias de la Corte IDH: *Awas Tingni*. Aquí, la comunidad reivindicaba su derecho histórico a la tierra tradicionalmente poseída, lo cual fue finalmente reconocido por la Corte IDH. Pues bien, un punto importante de la reclamación de la comunidad Awas Tingni que suele perderse, tenía que ver con “su derecho a entrar en negociaciones con empresas madereras para llegar a acuerdos que garantizaran el acceso a los recursos económicos necesarios para su supervivencia”¹¹⁹. No obstante, luego de la sentencia, esta última aspiración se vio severamente restringida. En la práctica, la propia comunidad tuvo problemas para cumplir con los estándares de “indigeneidad” (*indigeneity*) y uso consuetudinario utilizados por la Corte IDH para fundar los derechos de propiedad indígena¹²⁰. De hecho, agentes del Estado consideraron que la explotación forestal no era parte de su “uso consuetudinario”, acusando a los residentes de Awas Tingni de violar leyes forestales¹²¹. Así, la comunidad Awas Tingni se vio impedida de llevar a cabo el tipo de desarrollo que autónomamente habían escogido. O, para decirlo con mayor precisión, no podría hacerlo sin poner en riesgo al mismo tiempo las bases legales que sustentan sus derechos territoriales en primer lugar. Como correctamente lo anticipó en su momento Thomas Antkowiak, en la jurisprudencia de la Corte IDH, “[p]ara que los numerosos derechos (...) asociados a la tierra se mantengan intactos, las

¹¹⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/24/41, párr. 9.

¹¹⁸ BORROWS (2020) pp. 17 y 18.

¹¹⁹ GÓMEZ ISA (2012) p. 109.

¹²⁰ WAINWRIGHT & BRYAN (2009) p. 167.

¹²¹ WAINWRIGHT & BRYAN (2009) p. 168.

opciones de estos pueblos sobre su desarrollo y la participación en el mercado podrían verse severamente restringidas”¹²².

Con todo, este riesgo puede observarse con mayor nitidez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá sobre derechos aborígenes; específicamente, en la doctrina del “límite inherente” al título aborigen, como se analizará en la próxima sección.

1. LOS DERECHOS ABORÍGENES EN CANADÁ Y EL LÍMITE INHERENTE AL TÍTULO ABORIGEN

En Canadá, la Sección 35 (1) de la *Constitutional Act, 1982*, “reconoce y afirma” los “derechos aborígenes y de tratado”¹²³ de los pueblos indígenas. Por cierto, la constitución de Canadá no contiene un catálogo de cuáles serían estos “derechos aborígenes”, ni una regla de cómo identificarlos. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido generando los principios básicos para ello.

Así, en “*R. v. Van der Peet*” (*Van der Peet*), la Corte señaló que el “test” para determinar los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1) debía dirigirse a “identificar las prácticas, tradiciones y costumbres centrales a las sociedades aborígenes que existían en Norte América de manera previa al contacto con los europeos”¹²⁴. De esta forma, “para que una actividad sea un derecho aborigen debe constituir un elemento de una práctica, costumbre o tradición integral a la cultura distintiva del grupo aborigen que está reclamando el derecho”¹²⁵. Por lo mismo, actividades contemporáneas llevadas a cabo por los grupos indígenas que se hayan desarrollado “solo como respuesta a la influencia europea”, no calificarían como derechos aborígenes¹²⁶.

Visto lo anterior, una primera cuestión que parece clara es que los derechos aborígenes replicarían las premisas de una interpretación eco-cultural y, por tanto, adolecerían de las mismas limitaciones que estudiamos respecto de los derechos territoriales en la jurisprudencia interamericana¹²⁷. En concreto, que, en base a esta lógica, “los pueblos aborígenes solo podrían reivindicar derechos a prácticas específicas que yacen en un pasado distante” y no “respecto a actividades que son generadas como resultado de la influencia europea”¹²⁸. Por lo mismo, no es de extrañar que la utilización de este criterio haya significado negar la categoría de “derecho

¹²² ANTKOWIAK (2013) p. 162.

¹²³ CANADÁ, *Constitutional Act, 1982*, Section 35(1).

¹²⁴ Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 44.

¹²⁵ Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 46.

¹²⁶ Corte Suprema de Canadá, *R. v. Van der Peet*, párr. 73.

¹²⁷ Con todo, se debe prevenir que en esta jurisprudencia también hay fallos en donde se expresa la necesidad de reconocer que las expresiones de los derechos aborígenes puedan evolucionar, pues de lo contrario se corre el riesgo que se convierten en “curiosidades antropológicas”. Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Sappier*; *R. v. Gray*, párr. 49.

¹²⁸ BORROWS & ROTMAN (2014) p. 178.

aborigen” a actividades como los juegos de apuestas¹²⁹ o la pesca con fines comerciales¹³⁰. Así, como lo mencionó Kinnari I. Bhatt, se “niega a las comunidades el derecho a adaptarse, como todos los pueblos deben hacerlo, a los cambios de las sociedades en que viven”¹³¹.

Pero los riesgos que genera esta jurisprudencia y la configuración restrictiva de los derechos aborígenes no se agotan en excluir actividades indígenas no tradicionales del reconocimiento y protección de Estado. La Corte Suprema de Canadá ha configurado expresamente, además, la existencia de ciertos límites para los titulares de derechos de un título aborígen (*aboriginal title*)¹³². Esto, como se verá, grafica perfectamente el riesgo en análisis, cual es, la restricción del derecho a un desarrollo auto determinado.

1.1. La doctrina del límite inherente

En términos simples, los derechos aborígenes engloban un derecho a un título aborígen en aquellas áreas en donde las comunidades indígenas no han renunciado a sus tierras en virtud de tratados firmados con el Estado¹³³. Hay, todavía, muchas cuestiones debatidas sobre la naturaleza y características de esta clase de título¹³⁴. Una de ellas tiene que ver con su contenido y qué es lo que se puede hacer o no hacer en dicho título.

El caso seminal en este tópico es “*Delgamuukw v. British Columbia*” (*Delgamuukw*). En esta causa, una de las cuestiones discutidas era el qué actividades podían realizarse en el título aborígen. Para el demandado –i.e., la Provincia de British Columbia–, siguiendo la definición ya explicada en *Van der Peet*, el título aborígen simplemente comprendía el derecho a realizar actividades que se relacionaran con prácticas, costumbres y tradiciones indígenas que fueran integrales a la cultura distintiva del grupo aborígen que estuviese reclamando el derecho. La Corte Suprema rechaza este argumento señalando, entre otras cosas, que jurídicamente el título aborígen permite incluso el desarrollo de actividades de explotación de gas y petróleo¹³⁵. Por lo mismo, concluye: “el contenido del título aborígen no se restringe a aquellos usos que son elementos de una práctica, costumbre o tradición integral a la cultura distintiva del grupo aborígen que reclama el derecho”¹³⁶. En otras palabras, las comunidades pueden efectuar actividades no tradicionales dentro de dicho título.

¹²⁹ Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Pamajewon*, párr. 28.

¹³⁰ Ver Corte Suprema de Canadá, *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada*, párr. 56.

¹³¹ BHATT (2020) p. 67.

¹³² Ver Corte Suprema de Canadá, *R. v. Adams*, párr. 25 (entendiendo que “*claims to title to the land are simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights*”).

¹³³ Sobre las características económicas de este tipo de propiedad, véase NEWMAN (2016).

¹³⁴ Ver, por ejemplo, SANDERSON & SINGH (2021) (sobre si el título aborígen es una forma de propiedad, o más bien un atributo de la soberanía de estos pueblos).

¹³⁵ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 122.

¹³⁶ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 124.

lo. No obstante, la Corte estima que no podrían realizar cualquier tipo de actividad. Dada sus características, expresa, el título indígena tendría “un *límite inherente* relativo a que las tierras que se tienen conforme al título [aborigen] no pueden ser usadas de una manera que sea irreconciliable con la naturaleza de la relación que tienen los grupos reclamantes con esas tierras”¹³⁷. Así, explica:

Por ejemplo, si la ocupación es establecida en función del uso de la tierra como terreno de caza, entonces el grupo que obtiene el título aborigen respecto de esa tierra no podrá usarla en una manera que implique destruir su valor para ese uso (e.g., con minería a cielo abierto). De manera similar, si un grupo alega un vínculo especial con la tierra por su valor ceremonial o cultural, no podrá usar la tierra de una forma que destruya esa relación (e.g., (...) convirtiéndola en un estacionamiento)¹³⁸.

La justificación de este “límite inherente” al título indígena es la siguiente. Si la “ocupación” es un elemento crítico en la determinación de si un grupo aborigen tiene un título aborigen sobre ciertas tierras, y si dicha “ocupación” se determina a su vez en referencia a las actividades y usos que un grupo particular hace de la tierra, entonces “existe un *vínculo especial* entre el grupo y la tierra en cuestión al punto que esta será parte de la definición de la cultura distintiva de ese grupo”¹³⁹. De esta forma, puesto que las tierras para las comunidades indígenas “son más que solo bienes fungibles” –pues tienen un “importante componente no-económico”, un “valor inherente”–, “la comunidad no podría usar la tierra de una manera que pueda destruir ese valor”¹⁴⁰. En suma, para la Corte Suprema de Canadá, el “título aborigen abarca el derecho a elegir qué usos puede dársele a la tierra, siempre y cuando no se sobrepase el límite último de que esos usos no destruyan la capacidad de la tierra para sustentar futuras generaciones de pueblos aborigenes”¹⁴¹.

La doctrina del límite inherente volvería a aparecer recién diecisiete años más tarde, en “*Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*” (*Tsilhqot’in*). En este fallo inicialmente se describe el “límite inherente” en términos similares a los revisados en *Delgamuukw*, es decir, que los usos puedan ser reconciliados con la naturaleza comunal y continua de la vinculación del grupo con la tierra¹⁴². No obstante, luego centra este límite en los efectos de los usos para las futuras generaciones:

El título aborigen, sin embargo, viene con una restricción importante: se trata de un título colectivo no sólo para la generación actual, sino para todas las futuras generaciones. Esto significa que no puede ser enajenado excepto a la Corona o gravado de una manera que impida a las futuras generaciones del grupo usarla y disfrutarla. Tampoco la tierra puede ser explo-

¹³⁷ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 125. Énfasis agregado.

¹³⁸ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 128.

¹³⁹ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 128. Énfasis agregado.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 129.

¹⁴¹ Corte Suprema de Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, párr. 166. Énfasis original.

¹⁴² Corte Suprema de Canadá, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, párr. 67.

tada o mal utilizada de una manera que sustancialmente prive a las generaciones futuras de su beneficio¹⁴³.

Como puede apreciarse, el “límite inherente” en *Tsilhqot’in* difiere en términos de contenido del estatuido en *Delgamuukw*. Mientras en *Delgamuukw* se enfoca en los usos tradicionales, *Tsilhqot’in* enfatiza la “sostenibilidad” de los usos. El problema, es que no existe claridad en la actualidad sobre si lo fallado en *Tsilhqot’in* reemplaza o complementa lo determinado por la Corte en *Delgamuukw*¹⁴⁴. De hecho, en un caso reciente la Corte Suprema volvió a referenciar la existencia de este límite y, al hacerlo, citó ambos fallos¹⁴⁵. Como notaron Sanderson y Singh, esto puede sugerir que “la concepción aparentemente más restrictiva del límite inherente expuesta en *Delgamuukw* no ha sido reemplazada y continúa siendo derecho válido”¹⁴⁶. Pero inclusive si se considerara que la concepción de *Tsilhqot’in* sustituye la desarrollada en la jurisprudencia anterior, este límite seguiría siendo problemático desde el punto de vista de la autonomía indígena. Después de todo, la Corte configura una propiedad con requisitos legales de conservación de la tierra, con independencia de los deseos potenciales de las propias comunidades aborígenes que podrían o no querer usar sus tierras de acuerdo con esas nociones de “sostenibilidad”¹⁴⁷.

Sea como fuere, esta noción del “límite inherente” a las actividades que se pueden realizar en/con el título aborígen, hace explícito el riesgo de restricción a la libre determinación indígena y a su derecho al desarrollo que se encuentra en una interpretación eco-cultural. Allí en donde el reconocimiento de derechos territoriales se funda conceptual y jurídicamente en una relación especial con la tierra o el territorio, existe el peligro de que se entienda que hay un límite implícito a lo que las comunidades podrían hacer dentro de dichos espacios territoriales.

V. CONCLUSIÓN

Al inicio de este trabajo se hizo mención a dos decisiones sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. La primera, de la Corte Suprema, correspondía a un caso de expropiación en donde, aplicando criterios centrados en la valoración cultural de la tierra, el incremento en la indemnización, si bien existió, fue mínimo. La segunda, del SEA, trataba de un rechazo a la procedencia de consulta a pesar de existir reasentamiento de personas indígenas, por el hecho de que estas habitaban un espacio urbano y no realizaban actividades propias de sus pueblos. Estos pronunciamientos ilustraban la existencia y persistencia de lecturas de los derechos territoriales indígenas, que se acercan a lo que denominé como una “interpretación

¹⁴³ Corte Suprema de Canadá, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, párr. 74.

¹⁴⁴ Ver NEWMAN (2016) pp. 451 y 452.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Canadá, *Newfoundland and Labrador v. Uashaunnuat*, párr. 155.

¹⁴⁶ SANDERSON & SINGH (2021) p. 9.

¹⁴⁷ NEWMAN (2016) p. 454.

eco-cultural”. Es decir, que entenderían que el reconocimiento de estos derechos se funda en la necesidad de proteger el vínculo especial y tradicional de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos, pues de ello dependería su identidad cultural.

En ocasiones, la utilización de una interpretación eco-cultural puede generar formas de reconocimiento y protección de derechos de los pueblos indígenas. La propia lógica desplegada por la Corte Suprema, en otras circunstancias, podría haber favorecido sustantivamente a una propietaria indígena cuya tierra sí cumpliera con los requisitos especificados por el tribunal. Con todo, en este artículo he mostrado –a través del examen de jurisprudencia interamericana y canadiense– que, simultáneamente, interpretaciones de este tenor pueden producir riesgos para los propios pueblos. Por una parte, podrían limitar el reconocimiento de derechos solo a aquellos pueblos que mantengan una posesión y uso tradicional y sustentable de sus tierras y recursos, dejando “fuera” a las realidades de una parte de la población indígena actual. Por otra, podrían restringir el tipo de uso que los pueblos o comunidades indígenas decidan hacer de sus tierras, territorios y/o recursos, limitando de esa forma el derecho al desarrollo de estos pueblos.

Tanto el caso de indemnización, como el de consulta en la evaluación ambiental, constituyen buenos ejemplos del primer tipo de consecuencias negativas. Solo aquellas personas indígenas que mantengan una vinculación tradicional/cultural/religiosa con sus tierras y territorios y/o efectúen actividades de vinculadas al mundo rural, pueden acceder al reconocimiento de derechos –aumento del monto de indemnización, en un caso; ser sujetos de consulta, en el otro–. Al mismo tiempo, estos dos pronunciamientos también podrían conducir al segundo de los riesgos indicados. Así, bajo la hipótesis de que en una tierra indígena sí existiese una vinculación con actividades de significación cultural o religiosa, la única forma para seguir teniendo en acceso a una indemnización aumentada en caso de eventual expropiación sería manteniendo dichas actividades. Para ser sujeto de consulta, en tanto, se tendría que continuar realizando actividades tradicionales/rurales. En ambos casos, resulta claro, se limita el derecho al desarrollo autodeterminado de las personas y comunidades indígenas.

En este orden de ideas, la identificación, análisis y explicación que se hizo de los posibles riesgos de una interpretación eco-cultural debiese facilitar que estos puedan ser tomados debidamente en cuenta tanto por las autoridades estatales, como por los propios actores indígenas, al momento de interpretar o reivindicar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”, *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1: pp. 269-295.
- ANAYA, James (2004): *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).

- ANTKOWIAK, Thomas (2013): “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, N° 1: pp. 113-187.
- AYLWIN, José y POLICZER, Pablo (2020): “No Going Back: The Impact of ILO Convention 169 on Latin America in Comparative Perspective”, *SPP Research Paper*, Vol. 13, N° 8.
- BANKES, Nigel (2010): “International Human Rights Law and natural resources projects within the traditional territories of indigenous peoples”, *Alberta Law Review*, Vol. 47, N° 2: pp. 457-495.
- BANKES, Nigel (2020): “The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation”, *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 11: pp. 256–279.
- BANKES, Nigel (2021): “Implementing UNDRIP: An Analysis of British Columbia’s Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act”, *U.B.C. Law Review*, Vol. 53, N° 4: pp. 971-1016.
- BARELLI, Mauro (2016): *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (New York, Routledge).
- BARSH, Russel (1990): “An Advocate’s Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples”, *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15: pp. 209-236.
- BENGOA, José (2000): *La emergencia indígena en América Latina* (Santiago, Fondo de Cultura Económica).
- BHATT, Kinnari I. (2020): *Concessionaries, Financiers and Communities. Implementing Indigenous Peoples’ Rights to Land in Transnational Development Projects* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BORROWS, John y ROTMAN, Leonard (2014): *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary* (Toronto, LexisNexis, tercera edición).
- BORROWS, John (2020): “Indigenous Diversities in International Investment and Trade”, en BORROWS, John y SCHWARTZ, Risa (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 11-42.
- BRAGA NAVARRO, Gabriela (2021): “The Struggle after the Victory: Non-compliance in the Inter-American Court of Human Rights’ Jurisprudence on Indigenous Territorial Rights”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12, N° 2: pp. 223–249.
- CABRERA, María Victoria (2017): *The requirement of consultation with indigenous peoples in the ILO: between normative flexibility and institutional rigidity* (Leiden, Brill Nijhoff).
- CARMONA, Cristóbal (2017): “The road less travelled: the duty to consult and the special rule of Article 15.2 of ILO Convention 169 in the case of geothermal energy concessions in Chile”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 35, N° 4: pp. 485-501
- CARMONA, Cristóbal (2022): “Impact and Benefit Agreements in natural resource development: a way to fulfil the ILO 169 benefit-sharing duty?”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 40, N° 1: pp. 105-131.
- CARPENTER, Kristen y RILEY, Angela (2014): “Indigenous Peoples and the Jurisgenerative Moment in Human Rights”, *California Law Review*, Vol. 102: pp. 173-234.
- CHARTERS, Claire (2011): “Multi-Sourced Equivalent Norms and the Legitimacy of Indigenous Peoples’ Rights under International Law”, en BROUDE, Tomer y SHANY, Yuval

- (eds.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law* (London, Hart Publishing) pp. 289-320.
- CHRISTAKIS, Theodore (2015): “Self-Determination, Territorial Integrity and *Fait Accompli* in the Case of Crimea”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 75, N° 1: pp. 75-100.
- CONTESE, Jorge (2021): “Judicial Interactions and Human Rights Contestations in Latin America”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 12, N° 2: pp. 271-290.
- CUALKINS, Matthew (2020): “Lucha silenciosa por el derecho (indígena) a la ciudad: comodatos mapuche en el A.M. de Santiago de Chile”, *Revista Geográfica del Sur*, Vol. 9, N° 1: pp. 27-43.
- DANNENMAIER, Eric (2008): “Beyond indigenous property rights: exploring the emergence of a distinctive connection doctrine”, *Washington University Law Review*, Vol. 86: pp. 53-110.
- DULITZKY, Ariel (2010): “When Afro-Descendants became ‘Tribal Peoples’: The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 15, N° 1: pp. 29-81.
- ENGLE, Karen (2010): *The Elusive Promise of Indigenous Development. Rights, Culture, Strategy* (Durham, Duke University Press).
- ENGLE, Karen (2011): “On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, N° 1: pp. 143-163.
- ERUETI, Andrew (2011): “The International Labour Organization and the Internalization of the Concept of Indigenous Peoples”, en ALLEN, Stephen y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford, Hart Publishing) pp. 226-256.
- ERUETI, Andrew (2022): *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A New Interpretive Approach* (Oxford, Oxford University Press).
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2019): “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 9, N° 2: pp. 513-535.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2022): “Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 12, N° 3: pp. 617-644.
- FITZMAURICE, Malgosia (2018): “Indigenous Peoples and Intergenerational Equity as an Emerging Aspect of Ethno-Cultural Diversity in International Law”, en PENTASSUGLIA, Gaetano (edit.), *Ethno-Cultural Diversity and Human Rights. Challenges and Critiques* (Leiden, Brill Nijhoff) pp. 188-222.
- FUENTES, Alejandro (2015): “Judicial Interpretation and Indigenous Peoples’ Rights to Lands, Participation and Consultation. The Inter-American Court of Human Rights’ Approach”, *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 23: pp. 39-79
- FUENTES, Alejandro (2017): “Protection of Indigenous Peoples’ Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights’ Safeguards”, *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 24: pp. 229-253.

- CARMONA CALDERA, Cristóbal | “La interpretación “eco-cultural” de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus riesgos”
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana y MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador (2020): “La naturaleza en la Constitución: visiones indígenas y propuestas ante la crisis”, *Acta Bioethica*, Vol. 26, N° 1: pp. 51-60.
- GILBERT, Jérémie (2016): *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors* (Leiden, Brill Nijhoff, segunda edición).
- GILBERT, Jérémie (2022): “The rights of nature, Indigenous peoples and international human rights law: from dichotomies to synergies”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 13, N° 2: pp. 399–415.
- GÓMEZ ISA, Felipe (2012): “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales: conflicto social y ambiental a la luz del caso Awás Tingni”, *Revista Conflicto Social*, Año 5, N° 7: pp. 90-113.
- HUACO, Marco Antonio (2015): *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (La Paz, Fundación Konrad Adenauer).
- KENNEDY, David (2004): *The Dark Sides of Virtue. Reassessing international humanitarianism* (Princeton, Princeton University Press).
- KINGSBURY, Benedict (2001): “Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples’ Claims in International and Comparative Law”, *Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, N° 1: pp. 189-250.
- KUPPE, Rene (2009): “The Three Dimensions of the Rights of Indigenous Peoples”, *International Community Law Review*, Vol. 11: pp. 103-118.
- LARSEN, Peter B. (2016): “La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina”, *International Development Policy. Revue internationale de politique de développement*, N° 7.2.
- LIXINSKI, Lucas (2017): “Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname. Series C, No. 309. Merits, Reparations and Costs”, *The American Journal of International Law*, Vol. 111, N° 1: pp. 147-154.
- LORCA, Mauricio y otros (2022): “Mining indigenous territories: Consensus, tensions and ambivalences in the Salar de Atacama”, *The Extractive Industries and Society*, Vol. 9, <https://doi.org/10.1016/j.exis.2022.101047>.
- LÓPEZ, Ricardo y MOHR, Tania (2014): “Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio 169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, N° 1: pp. 105-126.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2016): “Operación Génesis: reflexiones en torno a la propiedad colectiva indígena y tribal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol 18, N° 1: pp. 137-168.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2017): “Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Año 24, N° 1: pp. 133-189.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2022): “Propiedad Colectiva e Identidad Cultural Indígena en Pueblo Xucuru con Brasil y en Asociación Lhaka Honhat con Argentina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Vol. 90, N° 252: pp. 189-216.
- MACPHERSON, Elizabeth (2019): *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lessons from Comparative Experience* (Cambridge, Cambridge University Press).

- MCNEISH, John Andrew (2022): “Indigenous Peoples. Extraction and Extractivism”, en KATHARINA RUCKSTUHL, Irma A. y otros (edits.), *The Routledge Handbook of Indigenous Development* (London, Routledge) pp. 237-245.
- MONTEIRO DE MATOS, Mariana (2018): “Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, en LAGRANGE, Evelyne y otros (eds.), *Cultural Heritage and International Law. Objects, Means and Ends of International Protection* (Cham, Springer) pp. 273-292.
- MORGAN, Rhiannon (2004): “Advancing Indigenous Rights at the United Nations: Strategic Framing and its Impact on the Normative Development of International Law”, *Social & Legal Studies*, Vol. 13, N° 4: pp. 481-500.
- NEWMAN, Dwight (2016): “The economic characteristics of indigenous property rights: Canadian case study”, *Nebraska Law Review*, Vol. 95, N° 2: pp. 432-476.
- NÚÑEZ, Manuel (2022): “Frente a la expropiación no todas las propiedades son iguales: la propiedad indígena como objeto de expropiación”, en BERTELSEN, Soledad (ed.), *Derecho Indígena. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 33* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 159-199.
- O’DONNELL, Erin y otros (2020): “Stop Burying the Lede: The Essential Role of Indigenous Law(s) in Creating Rights of Nature”, *Transnational Environmental Law*, Vol. 9, N° 3: pp. 403-427.
- PAÚL, Álvaro (2014), “Decision-making process of the Inter-American Court: an analysis prompted by the ‘In Vitro fertilization’ case”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 21, N° 1: pp. 88-130.
- PENFIELD, Amy (2019): “Extractive Pluralities: The Intersection of Oil Wealth and Informal Gold Mining in Venezuelan Amazonia”, en VINDAL ØDEGAARD, Cecilie y RIVERA ANDÍA, Juan Javier (edits.), *Indigenous Life Projects and Extractivism: Ethnographies from South America* (Verlag, Springer) 75-93.
- PÉREZ-BUSTILLO, Camilo y HOHMANN, Jessie (2018): “Indigenous Rights to Development, Socio-Economic Rights, and Rights for Groups with Vulnerabilities: Articles 20–22, 24, and 44”, en HOHMANN, Jessie y WELLER, Marc (edits.), *The UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. A Commentary* (Oxford, Oxford University Press) pp. 482-536.
- PRIETO, Manuel (2022): “Indigenous Resurgence, Identity Politics, and the Anticommodification of Nature: The Chilean Water Market and the Atacameño People”, *Annals of the American Association of Geographers*, Vol. 112, N° 2.
- PRIETO-RÍOS, Enrique y RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (2020): “Neocolonialism and the Tension between International Investment Law and Indigenous Peoples: The Latin American Experience”, en BORROWS, John y SCHWARTZ, Risa (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 85-108.
- RICHARDSON, Benjamin J. (2008): “The Ties that Bind: Indigenous Peoples and Environmental Governance”, *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Report N° 26.

- RIVAS, Antonia (2017). *Ono Tupuna, the Richness of the Ancestors. Multiples Landscapes Relationalities in Contemporary Indigenous Rapa Nui*. A dissertation submitted in partial satisfaction of degree requirements for Doctor of Philosophy in Anthropology in the Graduate Division of the University of California, Berkeley.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis (2005): *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law. The ILO Regime (1919-1989)* (Oxford, Oxford University Press).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2012): *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, pueblos indígenas y el derecho a consulta previa en los campos sociales minados* (Bogotá, Dejusticia).
- ROMBOUTS, Sebastiaan (2017): “The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53: pp. 169-224.
- SANDERSON, Douglas y SINGH, Amitpal (2021): “Why Is Aboriginal Title Property if It Looks Like Sovereignty?”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 34, N° 2: pp. 417-460.
- SAWYER, Suzana y GOMEZ, Edmund Terence (2012): “On Indigenous Identity and a Language of Rights”, en SAWYER, Suzana y GOMEZ, Edmund Terence (eds.), *The Politics of Resource Extraction. Indigenous Peoples, Multinational Corporations, and the State* (Las Vegas, Palgrave Macmillan, UNRISD).
- SCHUSTER, Richard y otros (2019): “Vertebrate biodiversity on indigenous-managed lands in Australia, Brazil, and Canada equals that in protected areas”, *Environmental Science and Policy*, Vol. 101: pp. 1–6.
- SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (2022): *Informe Consolidado de la Evaluación Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto “Obras Fluviales y de Control Aluvional en la Cuenca del Rio Salado, Región de Atacama”*, 30 de junio de 2022. Disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2148728097. Fecha de consulta: 16/06/2023.
- SIEMS, Mathias (2018): *Comparative Law* (Cambridge, Cambridge University Press, segunda edición).
- SIERRA, María Teresa (1997): “Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas”, *Alteridades*, N° 14: 131-143.
- SLATTERY, Bryan (2016): “The Generative Structure of Aboriginal Rights”, en Macklem, Patrick y Sanderson, Douglas (eds.), *From Recognition to Reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights* (Toronto, University of Toronto Press) pp. 100-134.
- SWEPSTON, Lee (2015): *The Foundations of Modern International Law on Indigenous and Tribal Peoples. The Preparatory Documents of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, and Its Development through Supervision. Volume 1: Basic Policy and Land Rights* (Leiden, Brill Nijhoff).
- SYLVAIN, Renée (2002): “‘Land, Water, and Truth’: San Identity and Global Indigenism”, *American Anthropologist*, Vol. 104, N° 4: pp. 1074-1085.
- TOBIN, Brendan (2014): *Indigenous Peoples, Customary Law and Human Rights – Why Living Law Matters* (New York, Routledge).

WAINWRIGHT, Joel y BRYAN, Joe (2009): “Cartography, territory, property: postcolonial reflections on indigenous counter-mapping in Nicaragua and Belize”, *Cultural Geographies*, Vol. 16: pp. 153-178.

YOUNG, Stephen (2020): *Indigenous peoples, Consent and Rights. Troubling Subjects* (New York, Routledge).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

CANADÁ, *Constitutional Act, 1982* (29/03/1982)

CANADÁ, BRITISH COLUMBIA, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (28/11/2019).

CANADÁ, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act* (21/06/2021)

CHILE, Ley N°19.253 (05/10/1993): *Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.*

CHILE, MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, Decreto Supremo 40, *Aprueba Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental* (12/08/2013).

PERÚ, Ley N° 29.785 (07/09/2011): *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).*

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (22/09/1969).

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES (27/06/1989).

Declaración Americana sobre los Derechos De Los Pueblos Indígenas (14/07/2016).

DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (13/09/2007).

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: “Recomendación General N° 32. Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, CERD/C/GC/32 (29 /09/2009).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “Apirana Mahuika et al. C. New Zealand”, CCPR/C/70/D/547/1993 (16/11/2000).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya”, A/HRC/12/34 (15/07/2009).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”, A/HRC/24/41 (01/07/2013).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “El derecho a la tierra en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un enfoque centrado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, A/HRC/45/38 (15/07/2020).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: los pueblos indígenas y

el derecho a la libre determinación. Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, A/HRC/48/75 (04/08/2021).

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: “Partial revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (N° 107)”, Report VI (1) 75th Session (1988).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Valdivia, 18/10/2013, rol 1944-2013, protección.

Corte de Apelaciones de Temuco, 23/11/2020, rol 593-2020, apelación.

Corte de Apelaciones de Temuco, 10/09/2021, rol 603-2021, apelación.

Corte Suprema, 15/03/2022, rol 139.751-2020, casación.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (30/05/1994) Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-254-94.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia (04/12/2009). Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-903-09.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 79.

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 125.

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 146.

Saramaka vs. Surinam (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 172.

Saramaka vs. Surinam (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 185.

Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar y Fondo, Serie C N° 179.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 3 de abril de 2009.

Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 214.

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo y Reparaciones, Serie C N° 245.

Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 309.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 420.

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507.

R. v. Pamajewon, [1996] 2 S.C.R. 821.

R. v. Adams, [1996] 3 S.C.R. 101.

Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 S.C.R. 1010.

R. v. Sappier; R. v. Gray, 2006 SCC 54, [2006] 2 SCR 686.

Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535.

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.

Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani- Utenam) 2020 SCC 4.