

**EN LO PRINCIPAL: TENGASE PRESENTE *AMICUS CURIAE*; OTROSÍ:
LEGITIMACIÓN ACTIVA. SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA.**

ILUSTRE CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA

SERGIO MICCO AGUAYO, Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), tal como se acreditará, en autos sobre acción de protección, caratulados “Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue con Statkraft Chile Inversiones Electricas Limitada” ROL 1795-2021, a su señoría Ilustrísima con respeto digo:

De conformidad con la Ley 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en particular lo señalado en los artículos 2º inciso 1 y 3 N° 3 de dicha ley, vengo en hacer presente *amicus curiae*, en virtud del cual ponemos a disposición de este Ilustre Tribunal nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en la causa ROL N° 1795-2021, sobre acción constitucional de protección presentada por la Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquen Maihue, en autos caratulados “Comunidad Indígena Leufu Pilmaiquén Maihue con Statkraft Chile Inversiones Eléctricas Limitada”.

La presentación tiene por objetivo ilustrar los alcances de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, tierras y territorios indígenas, derechos culturales y libertad religiosa de Pueblos Indígenas.

Contenido

1. ACERCA DE LOS <i>AMICUS CURIAE</i> Y MANDATO DEL INDH	3
2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA LEUFU PILMAIQUÉN MAIHUE	5
3. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS	7
a. El deber del Estado de proteger los derechos humanos	8
Principios fundacionales:	10
i. Deber de prevenir violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales	11
ii. Deber de supervisar el disfrute efectivo de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales.....	12
Principios operativos.....	12
iii. Deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno en el marco de actividades empresariales y derechos humanos.....	12
iv. Deberes del Estado en cuanto actor económico.....	15
v. Deberes del Estado en zonas de conflicto	17
Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos	19
I. Compromiso en materia de generación de una política de derechos humanos	20
Debida diligencia en materia de derechos humanos	21
Proceso de reparación.....	22
4. ESTÁNDARES SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.....	23
5. ESTÁNDARES SOBRE DERECHOS CULTURALES Y PATRIMONIO CULTURAL DE PUEBLOS INDÍGENAS.	28
Diversidad Cultural y Patrimonio Cultural	28
Obligaciones en el ámbito Regional.....	35
Estándares Sobre Derechos Culturales y Patrimonio Cultural De Pueblos Indígenas	36

Estándares nacionales sobre Derecho Humanos relacionados a Patrimonio cultural de
Pueblos indígenas.....48

**6. SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS..... 51**

Fuente normativa: ¡Error! Marcador no definido.

I. Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas	56
II. Derecho Nacional	57
Principios del derecho a la libertad religiosa.....	57
Libertad religiosa y concepto de culto.....	57
Lugares de culto.....	58
No limitación de religiones	58
Sitios sagrados y pueblos originarios.....	58

1. ACERCA DE LOS *AMICUS CURIAE* Y MANDATO DEL INDH

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” corresponde a un instituto de derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la resolución del litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso.¹

Uno de los fundamentos de esta institución es que constituye un eficaz mecanismo que permite entregar opiniones técnicas a la judicatura ante la complejidad de elementos del caso particular, por cuanto lo auxilia en la adopción de una decisión informada y situada en el contexto académico y jurídico que le compete, resguardándose en todo caso, el irrestricto apego a la publicidad del proceso. Por lo anterior, el *amicus curiae* también se convierte en un instrumento que facilita la transparencia del debate público respecto de asuntos que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso.²

¹Cfr. Napoli, A. y Vezzulla, J. M. (2007). “El Amicus Curiae en las Causas Ambientales”. Lexis Nexis. (n° 4), p1. Recuperado el día 27 de septiembre de 2011, de <http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

² ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino". En: "La

Así entonces, la presentación del *amicus curiae* realiza una doble función. Por un lado, aporta al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra un pleito judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir para ilustrar y luego resolver el asunto controvertido. De otra parte, reviste de carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general. En síntesis, el *amicus curiae* puede también ser entendido como un mecanismo procesal apto para visibilizar institucionalmente la participación ciudadana, de manera de tomar más amplio el debate judicial y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática.³

En cuanto al ámbito de su aplicación, el *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente a los derechos humanos, debido a la consecencial atención que suscitan aquellas causas en que los tribunales se ven llamados a decidir sobre el ejercicio de algún derecho fundamental y la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y de organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los derechos fundamentales.⁴

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra respaldo en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N°14 y en el artículo 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

Además, el artículo 3 números 2 y 3 de la Ley 20.405 que crea el INDH establece,

aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compilado por los nombrados. CELS. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997. págs. 387 y ss.

³ HENNIN, Monia. "La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño". [en línea]. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8_ n° 1, 2010. p. 284.

⁴ El mismo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de regular y establecer cuáles son los requisitos para la presentación de la figura del *amicus*. Al efecto, dicha reglamentación exige:

a) Que debe presentarse oportunamente junto a sus anexos a través de los medios contemplados en el Reglamento (tales como correo postal o electrónico); b) Debe estar escrito en el idioma del caso y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos; c) Debe ponerse de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia de la Corte

respectivamente, que son atribuciones del INDH:

“2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deben adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

En consideración a las normas antes señaladas y consideraciones señaladas, venimos en presentar un *amicus curiae*, con el objeto de colaborar con esta Ilustre Corte en el pronunciamiento, de acuerdo a las siguientes argumentaciones que paso a detallar a continuación.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO POR LA COMUNIDAD INDÍGENA LEUFU PILMAIQUÉN MAIHUE

El Recurso de protección de autos fue presentado ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Valdivia por las comunidades indígenas Koyam Ke Che y Leufu Pilmaiquen Maihue.

Las comunidades indígenas mapuche williche Koyam Ke Che⁵, Leufu Pilmaiquen Maihue,⁶ interpusieron recurso de protección - Rol de Corte 1795-2021 - ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Valdivia, y en contra de la CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA; EMPRESA ELÉCTRICA PILMAIQUÉN SOCIEDAD ANÓNIMA (EEP) y STATKRAFT CHILE INVERSIONES ELÉCTRICAS LTDA. por la transferencia del Complejo Natural Ceremonial Ngen Mapu Kintuante. En la acción de protección interpuesta por las comunidades se señala lo siguiente:

“Actos y omisiones arbitrarios e ilegales denunciados. El día 26 de mayo de 2021, por medio

⁵ Inscrita bajo el N°754 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas.

⁶ Inscrita bajo el N°201 del Registro de Comunidades y Asociaciones Indígenas.

de un correo electrónico, la señora Rosa María Olave Roberts -académica de la Universidad Alberto Hurtado, que fue contratada por Statkraft, actual titular de la propiedad inscrita de parte del Complejo Natural Ceremonial Ngen Mapu Kintuante, para elaborar un estudio para la transferencia de este espacio ceremonial-, nos informó de que no se llevaría a cabo una reunión que estaba programada para dialogar con nosotros sobre la consultoría que estaba llevando a cabo para dicha compañía, para buscar un mecanismo para restituir dicho territorio a las comunidades del territorio. Esto por cuando, según lo informado por esta profesional: El día 20 de mayo, hemos sido informados por la Empresa que ellos han decidido realizar la restitución de este terreno. Habiéndose decidido esta restitución, lo cual es un escenario distinto al cual basaba nuestra participación, nuestro trabajo finaliza en esta etapa. Por nuestra parte garantizamos la confidencialidad e independencia que tuvieron nuestras conversaciones” (páginas 4 y 5, acción de protección ROL 1795-2021).

Según señalan las comunidades recurrentes, dicha decisión se habría realizado sin dialogar con las comunidades Mapuche Williches recurrentes, quienes han hecho uso y ocupación del Complejo Natural Ceremonial *Ngen Mapu Kintuante* y que han intentado su reivindicación a través de los mecanismos legales correspondientes.

La arbitrariedad, según las recurrentes, se expresaría particularmente en la falta de consulta y diálogo con quienes ancestralmente han hecho uso y goce de dichos territorios y las “profundas divisiones y conflictos intracomunitarios que esta decisión está causando en las comunidades locales, ya que se pretende transferir la propiedad inscrita de un espacio ceremonial de uso y ocupación colectiva de varias comunidades *Mapuche-Williche* de este territorio, a [una] organización (...)”.

Como señala el texto del recurso de protección, las recurrentes no se niegan a que Statkraft transfiera la propiedad legal inscrita de las tierras donde se encuentra parte fundamental del Complejo Ceremonial Ngen Mapu Kintuante a las comunidades. Sin embargo, argumentan, “la obligación de realizar aquello, así como el procedimiento para definir a la/s organización/es a la/s cual/es debiera transferirse dichas tierras no es resorte de Statkraft, compañía que tiene

intereses en el territorio. Por el contrario, esta es una obligación del Estado, a través de la CONADI, que corresponde al organismo público.” (página 6, acción de protección ROL 1795-2021).

Añade la recurrente que “este tipo de prácticas divisivas, que tienen como el objetivo instalar un conflicto en un territorio indígena, son contrarias a la “debida diligencia” que le cabe a esta compañía en materia de derechos humanos, conforme a los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos”. Esto no sería posible sin la “pasividad y omisión con la que ha actuado la CONADI”. (página 6, acción de protección ROL 1795-2021).

3. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Es importante señalar que el Instituto Nacional de Derechos Humanos constantemente ha recomendado al Estado, en particular el poder Ejecutivo, revisar las políticas y prácticas vigentes sobre la actividad empresarial y los derechos humanos según los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, teniendo para ello presente sus tres pilares de los Principios: deber del Estado de proteger, responsabilidad empresarial de respetar y acceso a mecanismos de reparación.⁷ Del mismo modo, ha recomendado a los poderes colegisladores revisar el marco jurídico y reglamentario en la esfera de las empresas y los derechos humanos, identificando vacíos y promoviendo reformas para asegurar la debida protección de los derechos humanos en el marco de la actividad empresarial (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 271).

El desarrollo y la promulgación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011) [en adelante Principio Rectores], respaldados por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ha forjado un consenso de trabajo entre las empresas y los actores de derechos humanos sobre los elementos que definen

⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2013, pág. 271; Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2016, pág. 299.

una responsabilidad corporativa para respetar los derechos humanos.⁸ En base a los Principios Rectores, los Estados han abordado los impactos del quehacer de las empresas en la afectación de los derechos humanos a través de la legislación y la reglamentación nacionales. Incluso, en algunos países se han generado normas obligatorias para empresas en materia de derechos humanos y planes de acción nacionales sobre empresas y derechos humanos (Chile es uno de los 29 países en el mundo que ha creado un plan nacional sobre empresa y derechos humanos).

Por su parte, las empresas están prestando mayor atención a los riesgos de derechos humanos relacionados con sus negocios y están contribuyendo a un cuerpo cada vez mayor de prácticas corporativas de derechos humanos mediante la adopción de políticas internas de derechos humanos, la debida diligencia y la exploración de formas de prevenir, mitigar y remediar los riesgos reales y potenciales en materia de derechos humanos. Como es ya de lato conocimiento, los Principios rectores se basan en tres pilares:

1. El deber estatal de proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas;
2. Una responsabilidad corporativa independiente de respetar los derechos humanos, lo que significa que las empresas comerciales deben actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de los demás y abordar los impactos adversos con los que están involucrados;
3. Mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales y no judiciales.

Es precisamente en base a estos tres pilares que se estructurará el análisis de las obligaciones estatales y responsabilidades empresariales.

a. El deber del Estado de proteger los derechos humanos

El primer pilar se refiere a las obligaciones del Estado de proteger los derechos humanos. La

⁸ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Ver también Consejo de Derechos Humanos. Resolución No. 17/4: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Doc. A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011.

obligación de protección, en términos generales, significa tomar medidas positivas para garantizar que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción no sufran violaciones de derechos humanos causadas por terceros. Evidentemente, no todo acto de un tercero que viola los derechos humanos genera responsabilidad para el Estado, pero se requiere este haya actuado con debida diligencia para prevenir o responder ante dicha violación. Por ello es que resulta de particular valor observar las potenciales obligaciones de los agentes estatales que por omisión podrían generar un potencial impacto en el goce, ejercicio y disfrute de derechos humanos de la recurrente. En este sentido, es preciso señalar que los Principios Rectores no crean obligaciones nuevas para los Estados, sino que explicitan lo que significa la obligación general de proteger los derechos, contemplada en los distintos tratados cuando hay vulneraciones causadas por empresas. En este sentido y de acuerdo a los Principios Rectores, los Estados deberían analizar toda la gama de medidas a su disposición, a saber, “una combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas” (comentario al Principio Rector 3).

Es también importante señalar que las obligaciones de los Estados con respecto a las comunidades locales van mucho más allá de su deber de protección. Los gobiernos tienen el deber de respetar, proteger y promover los derechos de los particulares y las comunidades, indígenas o no, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Tal como lo ha mencionado el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, “la manera en que los Estados cumplen todas sus obligaciones influye en el entorno general donde operan las empresas. Como se recalca en el Principio Rector 3, una laguna legal frecuente en la práctica de los Estados es la incapacidad de hacer cumplir las leyes y las políticas en vigor que regulan directa o indirectamente la observancia de los derechos humanos por las empresas, y es importante que los Estados examinen si esas leyes y políticas generan un entorno propicio para que las empresas respeten los derechos humanos”.⁹

⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/71/291.

Principios fundacionales:

Principio número 1. Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

Principio número 2. Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

Los principios fundacionales, como se desprende de su texto expreso, tratan sobre las medidas preventivas que debe adoptar el Estado. Desde esta perspectiva, los Estados pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando se les puedan atribuir esas violaciones o cuando no adopten las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados.

De esta forma, y tal como se ha reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “es posible fincar responsabilidad estatal por transgresión al deber de respeto en relación con el actuar de terceros cuando se evidencie alguna situación de aquiescencia, tolerancia o colaboración estatal en los hechos constitutivos de la violación”.¹⁰ Con mayor precisión, se pasarán a exponer algunos detalles de las obligaciones estatales derivadas de los principios fundacionales aquí expresados.

De estos principios fundacionales, se derivarían ciertas obligaciones estatales aplicables al Estado chileno:

¹⁰ Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II)

i. Deber de prevenir violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales

De la obligación general de garantizar los derechos humanos, se deriva el deber de prevención que abarca, en palabras de la Corte Interamericana, “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.

Por su parte, la constante jurisprudencia interamericana sobre el deber de prevención en el marco de relaciones entre particulares ha subrayado que la responsabilidad del Estado está condicionada: i) si el Estado tenía o debía tener conocimiento de una situación de riesgo; ii) si dicho riesgo era real e inmediato; iii) la situación particular de las personas afectadas y iv) si el Estado adoptó las medidas que razonablemente se esperaban para evitar que dicho riesgo se verificara. Al respecto, cabe señalar que el estándar de conocimiento de un riesgo particular existe mediante denuncias y requerimientos presentados por las personas en riesgo o terceros, o aquella información que el Estado disponga o debiera disponer sobre la situación en concreto. En dichos supuestos, la afectación cultural no se puede ver como una amenaza hipotética, sino que en el caso específico es real e inminente, por lo que se espera de los organismos estatales, la realización de todas las medidas de prevención exigibles para las circunstancias de cada caso concreto, en particular aquellas referidas al reconocimiento legal de comunidades que históricamente han habitado sus territorios, la necesaria consulta previa, libre e informada y el necesario reconocimiento territorial de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos.

ii. Deber de supervisar el disfrute efectivo de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales

El sistema interamericano ha puesto especial énfasis en el deber de supervisión que recae sobre los Estados (incluyendo, por cierto, el chileno) en casos de proyectos de explotación o desarrollo que pueda afectar derechos humanos. Ello se asocia a que muchos de estos proyectos, por su naturaleza, “suelen representar serios riesgos a los derechos humanos y exigen una regulación y supervisión específicas del Estado”.¹¹

La supervisión, de acuerdo a los estándares interamericanos, no se agota sólo en la consulta previa libre e informada, sino que además requiere del consentimiento expreso y de acuerdo a sus costumbres de los pueblos originarios que habitan el territorio. Esto es particularmente importante en el contexto de proyectos de inversión a gran escala que suelen tener un mayor impacto en el territorio.¹² Desde este punto de vista, la decisión de un agente privado con aquiescencia de los organismos estatales podría generar una afectación que amenace no sólo la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, sino también el potencial despojo de su territorio a los pueblos indígenas, así como de los recursos naturales para la subsistencia de los mismos, requiriéndose, por tanto, el consentimiento de éstos.

Principios operativos

iii. Deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno en el marco de actividades empresariales y derechos humanos

¹¹ CIDH. Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de Derechos Humanos en el Contexto de Actividades de Extracción, Explotación y Desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 98-105; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 152-155.

¹² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

Principio número 3. En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; d) Alentar y, si es preciso, exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

Los comentarios al principio número 3 de los Principios Rectores son directos en señalar que “Los Estados no deben dar por supuesto que las empresas siempre prefieren o se benefician de la inacción pública, y deben considerar una combinación inteligente de medidas —nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas— para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas.” Ello se puede dar en términos de lagunas legislativas o de incumplimiento del propio mandato otorgado por las fórmulas mixtas de proteger los derechos humanos, dentro de los cuales se incluyen la legislación, decretos, reglamentos y planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos.

En particular, parece fundamental detenerse en las obligaciones que asume el Estado de Chile en la implementación de los Principios Rectores a través del Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas [en adelante PAN]. Un PAN es un documento de política en el que un Estado establece prioridades y acciones que adoptará para apoyar la implementación de obligaciones y compromisos internacionales, regionales o nacionales con respecto a una política o tema determinado.

Las PAN pueden ser herramientas importantes con las cuales distintos actores y partes interesadas pueden seguir y supervisar el compromiso del gobierno en la implementación de los Principios Rectores. El INDH considera como un importante avance en la consolidación del Estado de Derecho la dictación del Plan Nacional de Derechos Humanos y el Plan de

Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. En este sentido el INDH ha recomendado al Estado su implementación, cumplimiento y seguimiento. Para ello, resulta esencial difundir y explicitar el vínculo indisoluble entre los derechos humanos y el apego a los valores democráticos como el diálogo, el respeto hacia las personas y la participación, entre otros.¹³

En este sentido, cabe destacar algunos pasajes del PAN que, nuevamente, no crean obligaciones en materia de derechos humanos, pero refuerzan algunos ámbitos donde el propio Estado reconoce lagunas. A modo de ejemplo, el PAN señala que “El Ministerio de Energía promoverá el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en el desarrollo de los proyectos energéticos, a través de la implementación del capítulo indígena de la política energética de largo plazo, desarrollando procesos de consulta y participación según el Convenio 169 de la OIT y elaborando una guía de participación indígena para el desarrollo de proyectos de energía.”

Respecto de la legislación, en el derecho internacional de los derechos humanos se reconoce la importancia que deben otorgar las leyes y políticas nacionales al reconocimiento y protección de una diversidad de derechos de tenencia¹⁴, así como los procesos de reforma agraria, inscripción y otorgamiento de títulos de propiedad, deben reconocer y proteger la diversidad de derechos de tenencia. Esto precisamente pues se reconoce el hecho de que las negociaciones contractuales “suelen verse influidas por desequilibrios en la capacidad negociadora entre los inversores y los gobiernos, en detrimento de la protección de los derechos garantizados en la legislación nacional, y los intereses del Gobierno también pueden coincidir con los del inversor, en detrimento de las comunidades locales”¹⁵.

En este sentido, las Directrices Voluntarias sobre la Tenencia de la Tierra¹⁶ establecen que,

¹³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2017, pág. 217.

¹⁴ Véanse A/HRC/13/33/Add.2 y A/HRC/22/46.

¹⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/71/291, par. 20.

¹⁶ FAO, Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional.

cuando se estén considerando inversiones que impliquen transacciones a gran escala de derechos de tenencia, los Estados deberían esforzarse por disponer que las distintas partes realicen evaluaciones independientes previas sobre las posibles repercusiones que las inversiones puedan tener en los derechos de tenencia. El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación formula recomendaciones similares en sus “Principios mínimos en materia de derechos humanos aplicables a las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala”¹⁷. En este sentido valga mencionar nuevamente que es importante que, en las consultas con las comunidades y los particulares que podrían verse afectados, se cumplan las normas internacionales y el respeto del consentimiento libre, previo e informado como aspectos fundamentales de las negociaciones contractuales.

En particular, el IINDH ha instado al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Relaciones Exteriores, que, además de promover lo estipulado en el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, busque generare acuerdos público-privados que permitan implementar una actividad empresarial sustentable, que no degrade la biodiversidad presente en el territorio y realice aportes a la adaptación al cambio climático y su mitigación. Así también, el Estado debe cumplir con sus funciones de fiscalización y generación de instrumentos de planificación territorial que consideren la protección de la biodiversidad. Todo lo anterior en base a lo establecido en el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.¹⁸

iv. Deberes del Estado en cuanto actor económico

Principio 4. Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o

¹⁷ Véase A/HRC/13/33/Add.2, anexo. Véase también “Guide to implementing the Guiding Principles on Business and Human Rights in investment policymaking”.

¹⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2017, pág. 221.

que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Principio 5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

Principio 6. Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.

De acuerdo a los principios 4, 5 y 6, por lo menos tres situaciones resultan relevantes en materia de derechos humanos y empresas: (a) en el caso de las empresas públicas o con participación estatal mayoritaria; (b) en la contratación pública de bienes o servicios; y, por último, (c) en la privatización de servicios públicos. En el caso particular, creemos importante detenernos en el primer y tercer caso.

En el primer caso, correspondiente a las empresas públicas o donde el Estado controla la operación de una empresa mixta, el comentario al Principio 4 plantea un escenario importante: cuando una empresa está controlada por el Estado o cuando sus actos pueden atribuirse por alguna otra razón al Estado, una violación de los derechos humanos por esta empresa puede implicar una violación de las obligaciones conforme al derecho internacional del propio Estado. Además, cuanto más próxima del Estado se encuentre una empresa o más dependa de un organismo público o del apoyo del contribuyente, más se justifica que el Estado asegure que respeta los derechos humanos. En este mismo sentido, el INDH ha instado a las empresas públicas -y considera como buena práctica en el caso de las empresas privadas- que asuman, dentro de sus políticas corporativas, los principios sobre diligencia debida de respeto a los

derechos humanos.¹⁹

Es menester señalar que los Principios Rectores parten del supuesto de que las empresas públicas o mixtas, deben desarrollar una diligencia debida en materia de derechos humanos, tanto en sus operaciones como en sus relaciones comerciales. De tal forma, al existir un vínculo tan cercano con el Estado, cualquier acto de una empresa pública o controlada por éste estará sujeta a las obligaciones internacionales de derechos humanos, en especial respecto de su deber de prevención de violaciones de derechos humanos y, en su caso, de la reparación de los daños que sus actos lleguen a ocasionar.

Un segundo elemento por abordar respecto de esta cuestión se relaciona con la privatización de servicios públicos, incluidos agua, servicios sanitarios y electricidad. Este tema, ha sido explorado por la Corte Interamericana en sentencias como *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Albán Cornejo vs. Ecuador* o *Suárez Peralta vs. Ecuador*.

Respecto a esta cuestión, el comentario al Principio 5 señala explícitamente que los Estados deben establecer claramente en su legislación nacional o en los contratos por los que se establece esa privatización una expectativa clara sobre el respeto a los derechos humanos por la parte que ofrece el servicio. En este sentido, dentro de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos se encuentran aquellas respecto a las decisiones adoptadas por una empresa que generan servicios básicos como agua, sanitización o electricidad. En particular, el Estado debe garantizar en estos casos particulares que las decisiones de una empresa de estas características cumplan con estándares en materia de derechos humanos de los pueblos originarios tomando en consideración la vinculación histórica, territorial, cultural y social con el espacio en que se realizará la actividad empresarial.

v. Deberes del Estado en zonas de conflicto

¹⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2013, pág. 271; Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2016, pág. 299.

Principio 7. Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando, entre otras, las siguientes medidas: a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos; b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual; c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación; d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos.

En este marco, es pertinente recordar que el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha reconocido a lo largo de sus informes anuales el conflicto que se vive en territorio en que viven comunidades mapuche. En este mismo sentido ha llamado a un diálogo amplio que promueva la paz en el territorio, incluyendo en ello a todos los actores públicos y privados que estén involucrados en el mismo. De esta manera, por ejemplo, en su Informe Anual del 2016, señaló que “respecto de la situación de violencia intercultural que existe en parte de la zona sur de Chile, el INDH reitera la recomendación al Estado, por medio de sus diferentes órganos, en orden a desarrollar un diálogo de alto nivel con el pueblo mapuche. Dicho diálogo debe considerar las distintas voces regionales, que en el caso del pueblo mapuche debe darse con sus instituciones representativas, que busque las soluciones inmediatas, de mediano y largo plazo a dicha situación, entre las que deben estar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, y de sus derechos reconocidos en el ordenamiento internacional de los derechos humanos”.²⁰ De la misma manera, el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su informe anual del 2017 recomendó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y al Ministerio de Desarrollo Social, “diseñar políticas públicas para con el pueblo Mapuche que promuevan el diálogo intercultural y fomenten la paz en las zonas en conflicto. Esto, con el fin de cumplir

²⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2016, págs. 297-298.

con lo establecido en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en especial lo relacionado con el pleno goce de los derechos humanos y libertades fundamentales”.²¹

La importancia de dicho diálogo, que respete a las autoridades ancestrales del territorio, se reconoce en los principios Rectores al señalar que “algunas de las violaciones más graves de los derechos humanos en que intervienen las empresas se producen en el contexto de conflictos por el control de territorios, de recursos o del mismo gobierno, en los que no cabe esperar un funcionamiento adecuado del régimen de derechos humanos”.²²

Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Es importante señalar que esta responsabilidad existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos. Por su parte, hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.

Toda vez que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos, su responsabilidad de respetar se aplica a todos esos derechos. En la práctica, ciertos derechos humanos pueden estar expuestos a un riesgo mayor que otros en determinados sectores o contextos, razón por la cual se les debe prestar una atención especial. En proyectos con potencial afectación de pueblos originarios se vuelve fundamental prestar especial atención a la afectación a derechos

²¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2017, pág. 217-218.

²² Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, comentario al principio número 6.

económicos, sociales, culturales y ambientales.

En principio, todas las empresas, independientemente del lugar que ocupen en la cadena de suministro, pueden participar en actos que redunden en incumplimientos de obligaciones estatales en materia de los derechos humanos. Las relaciones comerciales abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de las cadenas de suministro y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con las operaciones comerciales, los productos o los servicios (Principio Rector 13).

Para cumplir con su responsabilidad en materia de derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

I. Compromiso en materia de generación de una política de derechos humanos

Según el Principio Rector 16, las empresas deben expresar su compromiso con la responsabilidad de respetar los derechos humanos mediante una declaración política. El término "declaración" se utiliza de forma genérica en referencia a cualquier medio que elija la empresa para dar a conocer públicamente sus responsabilidades, compromisos y expectativas. En particular, se reconocen como prácticas concordantes con los Principios Rectores el hecho de que esta declaración, debe: (a) Ser aprobada por al más alto nivel directivo de la empresa; (b) se debe basar en un asesoramiento especializado interno y/o externo. El nivel de conocimientos especializados necesarios para formular una declaración política variará según la complejidad de las operaciones de la empresa. Estos conocimientos pueden recabarse de diversas fuentes, desde recursos solventes en línea o escritos hasta procesos de consulta con

expertos reconocidos. (c) La declaración de compromiso debe ser pública; (d) Debe establecer lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios. En este sentido, debe difundirse activamente entre las entidades con las que la empresa mantenga relaciones contractuales; otros actores directamente vinculados con sus operaciones, entre los que cabe incluir, en el caso de operaciones con importantes riesgos para los derechos humanos, a los interesados que puedan verse afectados.

Debida diligencia en materia de derechos humanos

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

El proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos debe ponerse en marcha lo antes posible cuando se emprende una nueva actividad o se inicia una relación comercial, puesto que ya en la fase de preparación de los contratos u otros acuerdos pueden mitigarse o agravarse los riesgos para los derechos humanos, que también pueden heredarse a través de procesos de fusión o adquisición. Para las empresas que cuenten con numerosas entidades en sus cadenas de valor puede resultar demasiado difícil proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos a nivel de cada entidad. En tal caso, las empresas deben identificar las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas sobre los derechos humanos, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes, y dar prioridad a la debida diligencia en materia de derechos humanos en esas áreas.

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos señalan que “[L]os Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.”²³ En ello, deberá entregarse especial preocupación a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, ya que muchos de los obstáculos que deben enfrentar “vienen dados o se ven agravados por las frecuentes desigualdades entre las partes de las causas de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular por lo que respecta a los recursos financieros, el acceso a la información y las competencias profesionales. Además, ya sea por discriminación activa o como consecuencia involuntaria de la estructura y funcionamiento de los mecanismos judiciales, las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo de vulnerabilidad o marginación enfrentan a menudo obstáculos culturales, sociales, físicos y financieros adicionales para acceder a estos mecanismos, utilizarlos y aprovecharlos. Debe prestarse especial atención a los derechos y las necesidades específicos de estos grupos o poblaciones en cada etapa del proceso de reparación: acceso, procedimientos y resolución”.²⁴

Proceso de reparación

Aún con las mejores políticas y prácticas, una empresa puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no haya sabido prever o evitar. Si una empresa detecta una situación de este tipo, ya sea mediante el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos o por otros medios, debe emplearse a fondo, en virtud de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, para remediar esa situación, por sí sola o en cooperación con otros actores. El establecimiento de mecanismos de reclamación a nivel operacional para los posibles afectados por las actividades empresariales puede constituir un medio eficaz de reparación, siempre que cumplan ciertos requisitos que se enumeran en el Principio 31. Si se han producido consecuencias negativas que la empresa no ha provocado ni ha contribuido a provocar, pero que guardan relación directa con operaciones, productos o

²³ AG ONU, “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, op. cit., p. 26.

²⁴ Ibid, p. 27.

servicios prestados por una relación comercial suya, la responsabilidad de respetar los derechos humanos no exige que la empresa misma deba reparar los daños, aunque puede desempeñar un papel en el proceso de reparación. En determinadas situaciones, en especial si se ha cometido un presunto delito, es preciso cooperar con los mecanismos judiciales.

4. ESTÁNDARES SOBRE LAS TIERRAS Y EL TERRITORIO INDÍGENA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.

Para los pueblos indígenas el derecho sobre las tierras está revestido de ciertas notas distintivas que lo diferencian de la concepción clásica del dominio, referidas a su fundamento, su naturaleza y la extensión de sus contenidos y atributos. En primer lugar, su fundamento no descansa en la existencia de un título o registro oficial del Estado, sino en la ocupación y el uso tradicional que de las tierras y territorios han hecho o hacen los pueblos indígenas²⁵. En ese sentido, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 14.1: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.*

²⁵ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación Perú, 2003, párr. 7. En: Organización Internacional del Trabajo (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Los derechos de los pueblos indígenas en la práctica. Ginebra, 2009, pág. 94. Ver también: Corte IDH Sentencia Caso Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr.151 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 112, y Caso Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 98.

En segundo término, este derecho posee una dimensión individual y también colectiva, en relación con la necesidad de resguardar la propiedad comunitaria y otras formas tradicionales de posesión y dominio.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que no obstante las dificultades que representa para los ordenamientos jurídicos la adopción de procedimientos adecuados para reconocer la ocupación tradicional como fuente del derecho de propiedad y posesión, ello es la *“piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. Así, si bien el concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional, no es menos cierto que debe ser aplicado”*²⁶.

Reconocido el derecho de los pueblos indígenas, en los términos ya señalados, pesa sobre el Estado la obligación de ofrecer seguridad y estabilidad jurídica a estos. Sobre todo, en razón que la noción de territorio indígena se incorporó al ordenamiento jurídico chileno por la vía de la ratificación de tratados internacionales, particularmente, del Convenio 169 de la OIT. En efecto, este Convenio dispone que:

Artículo 14.2: *“Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”*.

Satisfacer adecuadamente la obligación de reconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado, pero que no están exclusivamente ocupadas por ellos y cuyo dominio reivindican, implica, dados los patrones históricos de ocupación y colonización, enfrentar conflictos de intereses y derechos con terceros poseedores de buena fe, quienes cuentan con títulos inscritos de larga data. Ante este conflicto entre propietarios particulares y pueblos indígenas (ambos amparados por el derecho de propiedad), el Convenio 169 obliga al Estado a dotarse de *“procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar la reivindicación de tierras formuladas por los pueblos*

²⁶ Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.

*interesados*²⁷.

Una arista relevante es la relacionada a **los derechos culturales de los pueblos indígenas y su vínculo con las tierras y territorio**. Al respecto la CIDH ha señalado que:

“160. La perpetuación de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales también depende del reconocimiento de las tierras y territorios ancestrales. La estrecha relación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran es un elemento constitutivo de su cultura en tanto forma de vida particular. Los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los sitios ceremoniales o rituales vinculados a la ocupación y uso de sus territorios físicos constituyen un elemento intrínseco del derecho a la identidad cultural. La falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria, por lo tanto, perjudica la preservación de las formas de vida, costumbres e idioma de las comunidades indígenas y tribales. Para los pueblos indígenas y tribales, la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.

La Corte IDH, explicó, en el **Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**²⁸, que la pérdida de la identidad cultural por falta de acceso al territorio ancestral surte un impacto directo sobre los derechos de los niños y niñas de las comunidades desposeídas:

“261. Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido el artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio

²⁷ Artículo 14.3 Convenio 169 OIT.

²⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 261-263.

idioma. (...) Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. (...) En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”.

En un sentido similar, la Corte IDH vinculó en el caso **Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**²⁹ que la falta de reconocimiento de las tierras y territorios comunitarios acarrea una pérdida de sus prácticas culturales y medicinales:

“168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (supra párr. 50.100)”.

Finalmente, en el reciente caso del 2020 “**Comunidad indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs Argentina**”³⁰, la Corte IDH, destacó esta relación, a través de la recopilación de

²⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

³⁰ Corte IDH. Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 247 y ss.

diferentes pronunciamientos al respecto:

“249. Sobre el particular, es pertinente tener en consideración que el Comité DESC expresó que: La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. 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 cultural. Por lo tanto, los Estados partes deben tomar medidas para reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado de otro modo esas tierras o territorios sin su consentimiento libre e informado, adoptar medidas para que les sean devueltos.

250. Por otra parte, es importante destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. Esta Corte ha considerado que: los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes.

251. Adicionalmente, corresponde tener en cuenta lo que ha explicado el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura, “puede [...] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”, como es el caso de los miembros de comunidades indígenas. El derecho a la identidad cultural, puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en “un modo particular de vida

relacionado con el uso de recursos terrestres [...]. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”. En la misma línea, la Corte ya ha tenido oportunidad de advertir que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios (supra párr. 94). De modo concordante, el Grupo sobre el PSS ha notado que “el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas”.

A modo de resumen de este apartado, podemos señalar que, al desconocer el derecho ancestral de los pueblos indígenas sobre sus territorios, “*se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros*”³¹.

5. ESTÁNDARES SOBRE DERECHOS CULTURALES Y PATRIMONIO CULTURAL DE PUEBLOS INDÍGENAS.

Este capítulo se compone de los siguientes sub títulos: (i) Diversidad cultural, y el patrimonio cultural en general, que se examina en torno normas sobre derechos humanos en la materia, tanto internacionales como regionales; (ii) estándares específicos sobre Derechos Culturales y patrimonio cultural de pueblos indígenas; (iii) estándares nacionales sobre Derechos Culturales y Patrimonio cultural.

Diversidad Cultural y Patrimonio Cultural

La diversidad cultural, como característica esencial de la humanidad, constituye un patrimonio común para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos. Como señaló el INDH el año 2015, existen estándares internacionales jurídicamente vinculantes que protegen la **diversidad cultural**, y que

³¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

garantizan que aquellas culturas sean preservadas y no asimiladas por una cultural nacional dominante³².

Dentro de estos estándares, encontramos el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**³³, que en su **artículo 27** establece que:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, **a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma**” (destacado nuestro).

El reconocimiento explícito a nivel internacional de la “diversidad cultural” se encuentra contenido en la **Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de UNESCO**³⁴, el instrumento vinculante más importante en la materia. Esta convención señala que la diversidad cultural³⁵ es un patrimonio común de la humanidad, que debe valorarse y preservarse en provecho de todos, y sobre todo en relación a su importancia para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁶. La mencionada Convención define la diversidad cultural como:

“La multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.”

³² Informe Anual 2015; p.191.

³³ Ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972.

³⁴ Ratificada por el Estado de Chile el 13 de marzo de 2007.

³⁵ Mientras que **Interculturalidad** es: “la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo” (**Artículo 4.8.**).

³⁶ Encomiando la importancia de la diversidad cultural para la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos universalmente reconocidos (Preludio, Convención sobre la protección y promoción del Patrimonio Cultural de la Diversidad de las Expresiones Culturales, UNESCO).

La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados” (...). (Artículo 4.1.)

En relación a los derechos y obligaciones reconocidos en esta Convención, cabe destacar el **artículo 5**, reconoce **la obligación de los Estados de adoptar medidas para proteger la diversidad cultural**:

“1. Las Partes, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos, reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y **a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales**, así como a reforzar la cooperación internacional para lograr los objetivos de la presente Convención”. (Artículo 5)

Otro instrumento internacional vinculante en la materia, es la **Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural** (1972), ratificada por Chile el año 1980, que reconoce la obligación de cada uno de los Estados Partes en la presente Convención de “**identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio**” (Artículo 4). Lo anterior, como consecuencia de la importancia que tiene el Patrimonio cultural y natural para la democracia, cuyo deterioro y/o desaparición constituye un empobrecimiento del patrimonio de todos los pueblos del mundo, y considerando que cada vez más amenazados de destrucción, tanto por causas naturales y por la evolución de la vida social y económica.

Para cumplir el objetivo de protección y conservación del patrimonio cultural y natural, la Convención señala que cada Estado

“[p]rocurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico” (Artículo 4).

Para lo anterior, la **Convención sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural**, señala que, dentro de estos esfuerzos, los Estados deberán:

“a) adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general; b) instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban; c) desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural; d) adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y e) facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo” (Artículo 5).

Por otro lado, la **Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial**, ratificada por Chile el año 2009, abocada específicamente a relevar y reconocer el **patrimonio cultural inmaterial** de las comunidades, grupos e individuos –como parte interdependiente del patrimonio cultural- y que, junto con valorar la importancia de este patrimonio como recipiente de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible, establece obligaciones a los Estados para asegurar su salvaguardia.

La Convención define **“patrimonio cultural inmaterial”** como *“los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”* (Artículo 2).

El estándar internacional establecido en la Convención, establece como límite al reconocimiento del patrimonio cultural inmaterial que este sea *“compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible”* (Artículo 2).

Mientras que las obligaciones estatales que establece la **Convención sobre Patrimonio Cultural Inmaterial**, encontramos los artículos 11 y 15 que señalan:

- a) adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- b) (...) definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y la organizaciones no gubernamentales pertinentes;
- c) adoptar una política general encaminada a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación;
- d) designar o crear uno o varios organismos competentes para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- e) fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio cultural inmaterial, y en particular del patrimonio cultural inmaterial que se encuentre en peligro;
- f) adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y

expresión; g) garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio y h) crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas.

Una cuestión fundamental, presente tanto en **la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de UNESCO** como en **la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial** es la participación de la sociedad civil en la gestión, promoción, protección, salvaguardia y resguardo del Patrimonio cultural:

En ese sentido, el **artículo 11 de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales:**

“Participación de la sociedad civil. Las Partes reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Las Partes fomentarán la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención”.

Mientras que **la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, artículo 15** señala que:

“Participación de las comunidades, grupos e individuos. En el marco de sus actividades de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, cada Estado Parte tratará de lograr una participación lo más amplia posible de las comunidades, los grupos y, si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo”.

En el ámbito de las Declaraciones, cabe destacar que la protección del patrimonio cultural de grupos minoritarios fue reafirmada el año 1992 por la **Declaración sobre los derechos de las**

personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135, que mandata a los Estados para proteger la cultura de dichas minorías:

Artículo 4.2 “Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales”.

También se ha señalado la importancia de medidas educativas, no solo destinadas a estos grupos, sino a la sociedad en su conjunto:

Artículo 4.4 “Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto”.

Por su parte, la **Relatoría para el Derecho a la Educación de las Naciones Unidas** ha recomendado a un Estado la expansión de su educación intercultural:

“Por la dimensión de los retos que el país enfrenta, es indispensable que las políticas educativas tengan como referente el derecho a la educación y a la cultura de los pueblos indígenas y que así la cuestión lingüística sea vista como un componente estructural, pero no como un fin en sí mismo. Para atender este problema el Relator Especial considera necesario estimular el diseño participativo de una política estatal para la educación, que permita reglamentar la ley de educación nacional basada en las

obligaciones internacionales de la República de Guatemala y en las necesidades interculturales del país.”³⁷

Obligaciones en el ámbito Regional

La **Convención Americana de Derechos Humanos**, en el capítulo referido a los derechos económicos, sociales y culturales, establece **la obligación de los Estado de adoptar medidas internas para lograr de manera progresiva la plena efectividad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales:**

“Artículo 26: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, **tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura,** contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Por otra parte, **la Carta de la OEA**, establece en **los artículos 45** y siguientes obligaciones a los Estados en relación a los derechos culturales:

Artículo 45: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: f) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, **cultural** y

³⁷ Muñoz, Vernor (2008). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Adición: Misión a Guatemala (20 a 28 de julio de 2008), A/HRC/11/8/Add.3, párr. 52.

política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad;

Artículo 47: Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso.

Artículo 48: Los Estados miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educacionales, promover la investigación científica e impulsar el adelanto tecnológico para su desarrollo integral, y se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos.

En conclusión, los instrumentos internacionales que abordan los **Derechos culturales y el Patrimonio Cultural**, junto con valorar la importancia de este como recipiente de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible, establecen obligaciones a los Estados para asegurar su salvaguardia como la identificación, protección, conservación, rehabilitación y promoción a través de la educación; incorporando la participación de la sociedad civil, en la gestión del mismo.

Estándares sobre derechos culturales y patrimonio cultural de pueblos indígenas

Los **derechos culturales de los pueblos indígenas y el resguardo a su patrimonio cultural** tienen reconocimiento tanto en el **Convenio 169 de la OIT** como la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas** (2007). Así mismo, están abordados en otros Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como Observaciones y Recomendaciones Generales, Informes de Órganos de los sistemas de

protección, así como en la Jurisprudencia y Doctrina de Cortes Internacionales y/o Regionales, aunque con distintos grados de obligatoriedad para los Estados. Aunque la **Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, por su naturaleza no tiene las mismas consecuencias jurídicas que un tratado internacional, al no ser vinculante para los Estados, cumple una función importante, al recoger y ordenar elementos de tratados internacionales, así como de resoluciones, recomendaciones, opiniones y experiencias de órganos internacionales, contextualizándolas respecto de las circunstancias particulares de los pueblos indígenas³⁸.

En sus primeras disposiciones el **Convenio 169 de la OIT**, establece obligaciones para los Estados en torno a **la salvaguardia de las culturas**:

“El Estado debe adoptar medidas especiales para salvaguardar “las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, **las culturas** y el medio ambiente de los pueblos interesados” (Artículo 4.1) destacado propio.

La adopción de medidas especiales para proteger el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, a las que está obligado el **Estado**, **no deberá ser contraria a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas, ni adoptarse de manera discriminatoria, así mismo, deberán respetar la integridad de dichos pueblos, y adoptarse con la participación y cooperación de los pueblos interesados.** En ese sentido los **artículos 4.2, 4.3 y 5 del Convenio 169 de la OIT.**

Artículo 4.2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

4.3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos

³⁸ A/HRC/9/9, párrafo 41 y 43.

pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

En el mismo sentido, la **Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas**, reconoce el **derecho a la salvaguardia de las culturas de los pueblos indígenas**³⁹.

Sin duda, una de las disposiciones más relevantes del **Convenio 169 OIT** es aquella que establece la obligación de los Estados, al aplicar las disposiciones del Convenio, **a reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los Pueblos Indígenas, las que deberán tomarse debidamente en consideración, tanto en su aspecto individual, como colectivo.**

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

De la misma forma, la **Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas** consagra el derecho de dichos pueblos a **practicar y revitalizar sus costumbres culturales**, en el **artículo 11.1:**

“Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las

³⁹ Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y **culturales**, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (Destacado propio).

manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”. (Artículo 11.1)

De esta forma, los pueblos indígenas, tienen el derecho a salvaguardar su Patrimonio cultural, lo que incluye **sus expresiones culturales –artículo 23 del Convenio 169 OIT- y sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas, incluido el derecho a su propiedad intelectual sobre dichos conocimientos -artículo 31 de la Declaración-**

Artículo 23 Convenio 169 OIT:

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.
2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Artículo 31 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

El **artículo 8 de la Declaración** reconoce el derecho a la **no asimilación de la cultura de los pueblos indígenas**:

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (**Artículo 8.1 Declaración**)

La disposición del **artículo 11.2 de la Declaración** establece medidas reparatorias en relación a los despojos culturales que hayan sufrido los Pueblos Indígenas.

“Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres” (Artículo 11.2)

Por otra parte los **artículos 13, 14 y 15 de la Declaración** se refieren al **derecho de los pueblos a revitalizar, usar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras su historia, idiomas, tradiciones, filosofías, escritura, literatura y educación, y, por ende, las**

obligaciones de los Estados en torno a estas temáticas:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”. (Artículo 13.1 Declaración)

“Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”. (Artículo 13.2 Declaración)

“Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma” (Artículo 14.3 Declaración)

“Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública. (Artículo 15.1 Declaración)

Por otra parte, en relación a otros derechos humanos, cabe destacar que el Convenio 169 de la OIT, mandata a que el Estado otorgue **prestaciones en salud**⁴⁰, organice **su sistema educativo**⁴¹, y **que administre justicia penal**⁴², tomando en consideración la cultura de los

⁴⁰ **Artículo 25.2** “Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”.

⁴¹ **Artículo 27.1** “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”.

⁴² **Artículo 8.1** “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

destinatarios indígenas.

Finalmente, es relevante destacar el **vínculo de los derechos culturales y del patrimonio cultural de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios**, y que se encuentra reconocido en los **artículos 13, 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT**.

Artículo 13: 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para **las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios**, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, **pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia**. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15: 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden

el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

De esta forma, **la especial importancia que para las culturas de los Pueblos Indígenas revisten las tierras y territorios –incluso aquellos que no estén exclusivamente ocupados por ellos– se desprenden estas normas sobre salvaguardia en la utilización de dichas tierras y territorios.**

Esta especial relación ha sido recogida, además, por la jurisprudencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que ha desarrollado los estándares contenidos en los tratados internacionales sobre la protección del patrimonio cultural de pueblos indígenas desde la primera sentencia en la materia (2005), relacionando los derechos a la **identidad cultural de estos pueblos y su vinculación con la propiedad colectiva de las tierras.**

En ese sentido, especial relevancia tienen los casos **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005); Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012); Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá (2014); Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam (2015).**

El año 2005, a través de la sentencia del **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**, la **Corte IDH** por primera vez mostró la estrecha relación entre las tierras y territorios con el patrimonio cultural indígena y como los daños a estos, acarrear como

consecuencia, menoscabos también a su patrimonio cultural.

“Los Estados deben tener en cuenta que **los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural**”⁴³.

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta **que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas**”⁴⁴.

“De igual forma, la Corte observa que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para la Comunidad Yakye Axa en particular [...], **implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones**”⁴⁵ (Destacado nuestro)

⁴³ Párrafo 146. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁴⁴ Párrafo 154. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁴⁵ Párrafo 203. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

El año 2012, la Corte IDH resolvió el Caso del **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador**, profundizó el vínculo entre los territorios indígenas y el patrimonio cultural, señalando que:

“En relación con lo anterior, la Corte ha reconocido que “[a]l desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. **Puesto que el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica.** Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”⁴⁶.

220. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto **no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.**

En ese mismo sentido los años 2014 y 2015, la Corte IDH conoció dos casos relacionados al concepto de patrimonio cultural indígena, el **Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá (2014)** y el **Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam (2015)**, en los que se señaló lo siguiente:

⁴⁶ Párrafo 212. Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

“Este Tribunal observa que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de los referidos pueblos, así como las condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales deben ser tomadas en cuenta por la Corte al momento de fijar el daño inmaterial. De igual forma, la Corte observa que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los pueblos Kuna y Emberá en particular, implica que **toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones**”⁴⁷. (Destacado nuestro)

En vista de que el Estado fue encontrado internacionalmente responsable por la violación de los artículos 1.1, 2, 3, 21, 23 y 25 de la Convención, lo cual acarreó el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono, mismos que impactan en su identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones, la Corte estima apropiado, como lo ha hecho en casos anteriores, establecer la creación de un fondo de desarrollo comunitario como compensación por el daño material e inmaterial que los miembros de dichos pueblos han sufrido. En este sentido, dicho fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que corresponda a los Pueblos Kaliña y Lokono con motivo de los deberes generales de desarrollo del Estado⁴⁸.

Así, las sentencias en los Caso Comunidad Indígena **Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)**; Caso Pueblo Indígena **Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012)**; Caso de los Pueblos Indígenas **Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá (2014)**; Caso Pueblos **Kaliña y Lokono Vs. Surinam (2015)**, revelan la interdependencia

⁴⁷Párrafo 246. **Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

⁴⁸ Párrafo 295. **Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

entre los derechos a la identidad y patrimonio cultural de los pueblos indígenas con los derechos territoriales, y su especial vínculo con la tierra. La cultura es una forma de vida intrínsecamente vinculada al territorio.

Desconocer el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, podría afectar el derecho a la identidad cultural e, inclusive, poner en riesgo la supervivencia misma de las comunidades y a sus miembros (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay).

Por otro lado, y como la intervención al patrimonio cultural indígena, podría afectar su identidad cultural y social, costumbres y tradiciones, cosmovisión y modos de vida, estas requerirán Consulta Indígena en los términos del Convenio 169 (Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador).

En relación a este último punto, cabe destacar que el año 2019 la Comisión Interamericana de DDHH estudió la **Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y Tribales de la Panamazonía**, donde, además de reafirmar la relación territorios-cultura, abordó la relación entre el Patrimonio Cultural de los Pueblos indígenas y la Consulta Indígena.

297. En ese marco, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona también con sus derechos culturales, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. Así, la CIDH ha reconocido que los Estados deben respetar, proteger y promover las tradiciones, instituciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la forma de vida de estos pueblos. En ese sentido, la obligación estatal de desarrollar procesos de consulta en el marco de actividades empresariales que pueden generar efectos sobre sus derechos, no solo se vincula directamente con su derecho de propiedad colectiva, sino también, con la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger sus derechos culturales.

301. La CIDH reitera lo señalado por la Corte IDH en el sentido que la cultura de los pueblos indígenas responde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el

mundo, construida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales. De conformidad con ello, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción. Para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

Así, desde los estándares internacionales de derechos humanos, se busca preservar la diversidad cultural en un Estado, incluido entonces, el patrimonio cultural indígena. Esta protección, incluye la obligación de adoptar medidas especiales para proteger la cultura, incluyendo la aplicación de la Consulta Indígena o el reconocimiento de los derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios.

Estándares nacionales sobre Derecho Humanos relacionados a Patrimonio cultural de Pueblos indígenas.

La Constitución Política de la República reconoce en su artículo 1 que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. [...] El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado [...] promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

No obstante, la Constitución no hace una referencia expresa a los pueblos indígenas, ni a sus derechos, y no reconoce a Chile como un Estado pluricultural, ni multicultural, ni intercultural (Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile 2015, página 192). A nivel legal,

la interculturalidad es reconocida en cuatro cuerpos legales: en la Ley General de Educación⁴⁹, el Decreto Ley N° 2.763 del Ministerio de Salud de 1979⁵⁰, la Ley Indígena 19.253⁵¹ y por último la Ley 20.584 de Derechos y Deberes de los Pacientes⁵². Adicionalmente, a nivel reglamentario, existen diversos cuerpos normativos donde se establecen referencias y mandatos a adoptar enfoques interculturales⁵³.

Además, como señaló el INDH en su Informe Anual el año 2015, es importante destacar que desde el 2008 existe un Instructivo Presidencial que incentiva a los órganos de la administración central a profundizar, entre otras cosas, los lazos de la sociedad en su conjunto con los valores y la cultura indígena. En particular, dicho instructivo mandata: (1) a que en cada Ministerio e Intendencia se cree una Unidad de Asuntos Indígenas; (2) Que se establezcan acciones en cada Ministerio con el fin de incentivar las políticas de reconocimiento, promoción y fomento de la diversidad cultural; (3) que se estudien las políticas, planes y programas de cada Ministerio para incorporar la pertinencia indígena; (4) que se establezcan mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas y; (5) que se establezcan medidas de información del diseño o ejecución de planes y programas destinados a los pueblos indígenas

⁴⁹ “[e]l sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Se inspira, además, en los siguientes principios: [...] l) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia. [...]”.

⁵⁰ Indica en su art. 4 que “[a]l Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia, tendrá, entre otras, las siguientes funciones: [...] 16.-Formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena”.

⁵¹ El art. 32 señala que “La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales”, y agrega en el art. 39, que “La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena es el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional. [...] b) Promover las culturas e idiomas indígenas y sistemas de educación intercultural bilingüe en coordinación con el Ministerio de Educación”.

⁵² El art. 7 que “[e]n aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura”.

⁵³ El decreto que crea la Comisión de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Agricultura; en el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud; en la Resolución que fija la estructura orgánica del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y en la Resolución de Participación Ciudadana del Ministerio de Educación, y en la resolución referida a formadores de educadores tradicionales de los pueblos indígenas del Ministerio de Educación.

(Informe Anual situación de los Derechos Humanos en Chile 2015, p.194).

El año 2017, a través de la Ley N°21.045 que crea el **Ministerio de las Culturas, Las Artes y el Patrimonio**, se crearon dos instituciones especializadas, encargadas de gestionar el Patrimonio Cultural:

a) **El Servicio Nacional del Patrimonio Cultural**, dependiente de ese Ministerio y es considerado para todos los efectos, sucesor y continuador legal de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, y cuyo objetivo es implementar políticas y planes, y diseñar y ejecutar programas destinados a dar cumplimiento a las funciones del Ministerio, en materias relativas al folclor, culturas tradicionales, culturas y patrimonio indígena, patrimonio cultural material e inmaterial; e infraestructura patrimonial, como asimismo, a la participación ciudadana en los procesos de memoria colectiva y definición patrimonial (artículo 23).

b) **La Subsecretaría del Patrimonio Cultural**, cuyo objetivo es proponer políticas al Ministro y diseñar y evaluar planes y programas en materias relativas al folclor, culturas tradicionales, culturas y patrimonio indígena, patrimonio cultural material e inmaterial, infraestructura patrimonial y participación ciudadana en los procesos de memoria colectiva y definición patrimonial (Artículo 11).

Ambas instituciones se rigen por los siguientes principios: (i) principio de “**reconocimiento cultural de los pueblos indígenas**”, de acuerdo prescribe el artículo 1° de la Ley, y que se define como la obligación de “*reconocer, respetar y promover las culturas de los pueblos indígenas, sus prácticas ancestrales, sus creencias, su historia y su cosmovisión, teniendo especial consideración con el desarrollo de la cultura, las artes y el patrimonio cultural indígena*”; (ii) principio de “**diversidad cultural**”, y que se traduce en reconocer y promover el respeto a la diversidad cultural, la interculturalidad, la dignidad y el respeto mutuo entre las diversas identidades que cohabitan en el territorio nacional como valores culturales fundamentales; (iii) principio de “**democracia y participación cultural**”, que consiste en reconocer que las personas y comunidades son creadores de contenidos, prácticas y obras con representación simbólica, con derecho a participar activamente en el desarrollo cultural del país; y tienen acceso social y territorialmente

equitativo a los bienes, manifestaciones y servicios culturales.

Adicionalmente, el Patrimonio Cultural se encuentra protegido inorgánicamente por un conjunto de normas y cuerpos legales, a saber; **la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales (1970)**⁵⁴; **la Ley 20.021 modifica la Ley sobre Monumentos Nacionales con el objeto de crear una nueva figura penal y sustituir la unidad en que se expresan sus multas**; **la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y sus modificaciones – al incluir la cultura dentro del concepto de medio ambiente-**; **la Ley 16.441 que crea el Departamento de Isla de Pascua**; **la ley 17.236 que establece normas a favor del ejercicio, práctica y difusión de las artes y en general, del Patrimonio Cultural y artístico nacional**; **la Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena**; **la ley 19.721 que estimula la inversión privada y las donaciones en proyectos culturales, la ley General de Urbanismo y Construcciones, entre otras.**

6. SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

El concepto de religión es bastante extenso e incluye muchas cosmovisiones diferentes. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado que el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege ampliamente e incluye “la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas.”

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 22 (párrafo cuatro) sobre el artículo 18 del Pacto “El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones

54

personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias. El carácter fundamental de estas libertades se refleja también en el hecho de que, como se proclama en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, esta disposición no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales.”

Desde este punto de vista, el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos ‘creencias’ y ‘religión’ deben entenderse en sentido amplio. El Artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

Tal como lo ha mencionado el INDH en su Informe Anual 2019, “Del análisis de los Tratados Internacionales ratificados y vigentes para Chile, especialmente el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se distinguen claramente dos ámbitos del derecho a la libertad de creencia: la de poseer una y la de manifestarla o practicarla. Mientras el derecho a poseer una creencia es absoluto, no admitiendo ninguna restricción, el derecho a manifestarla admite restricciones.”⁵⁵

La cultura de los pueblos indígenas es un elemento definitorio de su identidad. En esta línea el mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas ha formulado la siguiente definición no exhaustiva de cultura indígena: “Las culturas de los pueblos indígenas comprenden manifestaciones tangibles e intangibles de sus modos de vida, realizaciones y creatividad, y son una expresión de su libre determinación y de sus relaciones espirituales y físicas con sus tierras, territorios y recursos. La cultura indígena es un concepto holístico basado en valores materiales y espirituales comunes, e incluye manifestaciones distintivas en el idioma, la espiritualidad, la composición del grupo, las artes, la literatura, los conocimientos

⁵⁵ INDH, Informe Anual 2019, página 72.

tradicionales, las costumbres, los ritos, las ceremonias, los métodos de producción, los festejos, la música, los deportes y juegos tradicionales, el comportamiento, los hábitos, las herramientas, la vivienda, las prendas de vestir, las actividades económicas, la moral, los sistemas de valor, las cosmovisiones, las leyes y actividades tales como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección silvestre”.⁵⁶

La libertad religiosa en general se encuentra plasmada en distintas fuentes normativas del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellas:

Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 18):

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Declaración Americana de Derechos Humanos (Art. 3):

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 18):

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o

⁵⁶ A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 51-52. Véase también Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 (1993) sobre el artículo 27 (derechos de las minorías), párr. 7; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21 (2009) sobre el derecho a la cultura, párr. 10.

de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 27):

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (Art 5, letra d, número vii):

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: d) Otros derechos civiles, en particular: vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

Convención de Derechos del Niño (Art. 2, numeral 2):

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus

familiares.

Convención de Derechos del Niño (Art. 14):

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Belem do Pará (Art. 3 letra i):

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los Derechos Humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre Derechos Humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley.

Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 12): “Libertad de Conciencia y de Religión”

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a

las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Cuando se relaciona el concepto de religión o creencia con los pueblos originarios, parece menester detenerse en dos fuentes fundamentales, por una parte, los estándares establecidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblo Indígenas y, por otra, los Artículos 5(a) y 8 de la Convenio 169 de la OIT.

I. Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas

La Declaración proclama el derecho de los pueblos indígenas a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente (art. 12). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha declarado que “los Estados partes deben también respetar el derecho de los pueblos indígenas... a mantener y reforzar su relación espiritual con sus tierras ancestrales y otros recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que sean indispensables para su vida cultural”.⁵⁷

Además, la Declaración estipula la protección de la identidad propia y la integridad cultural de los pueblos indígenas por medio de:

- El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones culturales (Artículo 5)
- El derecho a pertenecer a una comunidad o nación, de conformidad con las costumbres de la comunidad o nación de que se trate (Artículo 9)
- El derecho a practicar, revitalizar y transmitir sus costumbres y tradiciones culturales (Artículo 11)

⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21 (2009), párr. 49

- El derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos (Artículo 34)
- El derecho a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales (Artículo 31)
- El derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada o la destrucción de su cultura (Artículo 8).

II. Derecho Nacional

La Constitución Política de la República asegura: “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”. Asimismo, la Ley 19.638 asegura la seguridad para estas. Por su parte, la ley 19.253, en su artículo 7, señala expresamente que “El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena”.

Desde este punto de vista, según lo señalado por el INDH en su Informe Anual 2019 “El Estado chileno debe garantizar que todas las personas desarrollen libremente su actividad religiosa, como también la libertad que las iglesias y templos –de cualquier confesión– necesitan para realizar su quehacer.”⁵⁸

Principios del derecho a la libertad religiosa

Libertad religiosa y concepto de culto

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 22 (párrafo cuatro) sobre el artículo 18 del Pacto: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias

⁵⁸ INDH, Informe Anual 2019, página 72.

creencias puede ejercerse ‘individual o colectivamente, tanto en público como en privado’. La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto”.

Lugares de culto

Sobre los lugares de culto, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que los Estados deben “asegurar que los lugares religiosos, sitios, templos o símbolos sean completamente respetados y protegidos, y tomar medidas adicionales en casos que sean vulnerables a profanación o destrucción”

No limitación de religiones

La libertad religiosa no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales. Por eso, el Comité ve con preocupación cualquier tendencia a discriminar contra cualquier religión o creencia, en particular las más recientemente establecidas, o las que representan a minorías religiosas que puedan ser objeto de la hostilidad por parte de una comunidad religiosa predominante.

Sitios sagrados y pueblos originarios

Los pueblos indígenas —como todos los grupos humanos— poseen sitios sagrados que son símbolos esenciales de su identidad y, por tanto, constituyen su patrimonio cultural. En particular respecto del pueblo Mapuche, el INDH ha señalado que “el espacio natural en la concepción mapuche representa una noción compleja que trasciende la pura materialidad del

territorio en el que se habita. Se trata de una relación vital, con expresiones concretas en el orden social, económico, filosófico y religioso. El impacto, por tanto, a eventuales alteraciones de estos espacios, no se limita a la relación de propiedad y dominio que respecto de ellos pueda tener y ejercer dicho pueblo”⁵⁹.

De acuerdo a la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO, el patrimonio intangible es un acervo de conocimientos y técnicas que se transmiten de generación en generación, que consta de tradiciones o expresiones vivas heredadas de los antepasados y transmitidas a los descendientes. Se compone de tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y al universo, además de “saberes” y técnicas vinculadas a la artesanía tradicional. Por tanto, el patrimonio intangible es al mismo tiempo tradicional, contemporáneo y vivo; también es integrador, representativo y basado en una comunidad humana específica.

Asimismo, el patrimonio cultural es tangible y se encarna en monumentos, grupos de edificios y sitios naturales a los que las culturas otorgan valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico. No debe confundirse con el patrimonio natural, es decir, con formaciones físicas, biológicas y geológicas excepcionales; hábitats de especies animales y vegetales amenazadas, y zonas que tengan valor científico, de conservación o puramente estético.

En este sentido y referido a los conflictos socio-ambientales reconocidos en el mapa de conflictos socio-ambientales del INDH, el informe anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2016 señaló que “existe una proporción importante de estos conflictos (60%) que están en zonas que se alegan como usadas para actividades tradicionales o de carácter ceremonial, y que ocurren principalmente por la construcción de proyectos energéticos. Este es, por ejemplo, el caso del conflicto en que comunidades mapuche-williche se oponen a la construcción de la Central Osorno en el río Pilmaiquén, pues esta implicaría la

⁵⁹ INDH, “Misión de Observación en la Región de la Araucanía 2013: Proyectos de Inversión en Tierras y Territorios Indígenas Mapuche”, página 32.

afectación del complejo ceremonial sagrado Ngen Mapu Kintuante”.⁶⁰

Desde este punto de vista, el INDH ha mencionado en previas misiones de observación por la afectación de la instalación de proyectos hidroeléctricos que tengan el potencial de afectar lugares sagrados que “la trascendencia de los efectos de una intervención en un espacio considerado sagrado, con trascendencia en los ámbitos sociales, culturales y económicos, es que sitúa a los mapuche, en palabras del werken de la comunidad de Carilafquén, en la imposibilidad de negociar: “Nosotros no vamos a negociar (...). Si pudiésemos negociar la cuestión ya estaría resuelta, pero desgraciadamente no podemos negociar. No nos está permitido negociar, ésa es la razón de porque estamos todavía aquí y hay mucha gente que va a luchar porque esto no se haga”⁶¹, agregando que “Las empresas, a pesar del carácter privado de su accionar, deben prever los impactos que su actividad genera en el ejercicio y goce de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas. Ello importa determinar anticipadamente las consecuencias que dicha actividad tendrá en el ejercicio y goce de los derechos de propiedad, a la identidad cultural, a la consulta previa entre otros asumiendo el hecho que se está frente a sujetos titulares, de derechos colectivos e individuales, a los cuales los instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido la capacidad de decidir sobre sus prioridades de desarrollo. El INDH advierte que los titulares de proyectos de inversión a emplazarse en territorios con presencia de pueblos originarios deben actuar con la debida diligencia que esa realidad en particular reclama.”⁶²

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a S.S.I.: Tener presente en su resolución los estándares desarrollados en el presente *amicus curiae*, en caso de estimarlo pertinente.

OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2° de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en

⁶⁰ INDH, Informe Anual 2016, página 161.

⁶¹ INDH, Informe Misión de Observación Proyecto Central Hidroeléctrica “Los Aromos”, página 19.

⁶² Idem, página 34.

adelante INDH, el dispone que El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3° de la Ley 20.405: *“Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y, - Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva; - Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia”.*

POR TANTO, solicito a S.S.I.: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S.I, tener por acompañados los siguientes documentos en los cuales consta mi personería para actuar por el INDH:

- a) Copia de la reducción a escritura pública Repertorio N° 11138-2010 de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de fecha 30 de julio de 2010, suscrita ante el Notario Público de Santiago Ma. Loreto Zaldívar Mackenna.
- b) Copia de la Resolución Exenta N° 219-2019, de fecha 29 de julio de 2019 del INDH, que da cuenta el nombramiento de don Sergio Micco Aguayo, como Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos.