

Marco Jurídico para el análisis del patrimonio cultural y los derechos de los Pueblos Indígenas en Chile: identidades en tensión, un análisis del caso Atacameño o Lickan Antay¹.

1. Introducción

Los derechos de pueblos indígenas han encontrado en las últimas décadas un importante reconocimiento a nivel internacional y nacional, donde les ha sido reconocido especialmente el derecho a preservar la integridad de sus manifestaciones culturales y se les ha garantizado la protección de su patrimonio cultural, conforme a su propio sistema de vida y costumbre.

En este contexto, surge la demanda de los pueblos por el reconocimiento de la plurinacionalidad como un requisito clave en la construcción de la nueva democracia. Así lo plantea, entre otros, Boaventura de Souza: “El momento en que pueblos, culturas, nacionalidades se visibilizan en el escenario nacional luego de siglos de oprobio y exclusionismo en su contra. Surgen como actores explícitamente diferenciados por su pasado originario y reclaman especificidad en la sociedad nacional, pero no dentro de un estatuto que les conceda atención privilegiada en calidad de sub sociedades, por el contrario en la progresividad de sus luchas y derechos plantean igualdad de condiciones dentro del estado como nacionalidades, esto es derechos a gobierno propio, territorio, lengua, cultura, justicia, control de los recursos naturales bajo “consentimiento previo informado” (Boaventura de Souza, 2007)

La democracia intercultural, en una sociedad plurinacional, se configura a partir del reconocimiento de una nueva generación de derechos colectivos que son los nuevos derechos fundamentales como es el derecho al agua, a la tierra y territorio, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques, a los saberes tradicionales y a todo ello que conforma el patrimonio cultural que configura especificidad étnica a los pueblos indígenas (Kymlicka 1996; Rouland, et. al 1999).

Este nuevo escenario democrático se debe hacer cargo de las tensiones irresoluta en las democracias liberales, donde minorías y mayorías se confrontan frente a temas tales como: la autonomía, la representación política, las reivindicaciones territoriales, la política de migración y

¹ Documento elaborado por Nancy Yáñez Fuenzalida (PhD). Abogada – Universidad de Chile, Magister en Derecho Internacional – University of Notre Dame/USA; Doctora en Derecho – Universidad de Chile. Profesora Antropología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile; Co – Directora Observatorio Ciudadano (ONG).

naturalización, la administración de justicia, los símbolos nacionales, los derechos lingüísticos, el *curriculum* educativo y, por cierto también, el patrimonio cultural.

Este reconocimiento de derechos específicos de naturaleza colectiva a pueblos indígenas consta en instrumentos especializados de derecho internacional y en la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. Los principales instrumentos internacionales en la materia son el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el año 2007. A nivel americano, recientemente se ha aprobado la Declaración Americana de Derechos Indígenas y, por otra parte, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han otorgado una creciente protección jurídica no solo a los derechos civiles y políticos de los pueblos indígenas de las Américas, sino también a los derechos sobre sus tierras y recursos naturales de propiedad ancestral y que son indispensables para garantizar su sobrevivencia colectiva tanto cultural como material. Ello a través de una innovadora jurisprudencia en casos que han sido sometidos a su conocimiento por individuos y comunidades indígenas que han enfrentado la violación de sus derechos individuales y colectivos por parte de los Estados. Tal jurisprudencia ha interpretado evolutivamente los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, muchos de ellos de carácter individual, y los ha aplicado a las realidades de los pueblos indígenas. También se ha basado en lo que ha denominado el *corpus juris* de los derechos humanos referidos a estos pueblos, que comprende el conjunto de normas de derechos humanos que establecen que los miembros de las comunidades indígenas requieren una protección especial y que está contenido en los instrumentos internacionales que les conciernen, tanto dentro como fuera del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho *corpus juris* incluye, por cierto, los derechos que han sido reconocidos a estos pueblos por el Convenio N° 169 de la OIT y la DNUDPI antes referidos (Aylwin et.al., 2013).

2. Normas de Derecho Internacional que promueven y protegen los derechos indígenas sobre su patrimonio cultural

El Convenio 169 de la OIT, establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad

(artículo 2.a). En el marco de estas acciones, se les impone la obligación de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2.b). En esta misma línea se pronuncia el artículo 4.

El artículo 22 se pronuncia sobre la pertinencia étnica de los programas de formación profesional dirigidos a pueblos indígenas. Los artículos 26 a 31 se pronuncian sobre el derecho a la educación que tiene los indígenas, al menos en pie de igualdad con el resto de la población. Asimismo, disponen la especificidad del *currículum* educativo dirigido a pueblos indígenas, exigiendo la participación indígena en su formulación e implementación. Reconocen derechos lingüísticos a los pueblos indígenas para ser instruidos en sus propios idiomas. En general, conminan al Estado y sus instituciones para realizar acciones que garanticen la integridad de las culturas indígenas y promuevan la no discriminación en un contexto de formación intercultural y erradicación de prejuicios.

La DNUDI, reconoce el derecho de los pueblos indígena a garantizar su integridad cultural en el marco del reconocimiento de su derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3).

La DNUDI reconoce el derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres, preservar su patrimonio cultural, obtener la restitución de los objetos patrimoniales y de culto que le han sido confiscado, incluyendo el derecho de repatriación de estos bienes patrimoniales, sean objetos de culto y/o restos humanos, y de reparación por los daños que se le han ocasionado (artículo 11 y 12).

Se les reconoce el 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 y mantenerlos en condiciones de igualdad, dignidad y no discriminación (artículo 13.1; artículo 15.1). Para estos efectos, se dispone que los Estados deberán adoptar medidas eficaces para garantizar 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). Les reconoce sus sistemas e instituciones

docentes, de modo que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Sin perjuicio, que les asiste el derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación, garantizando que quienes viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma (artículo 14).

Finalmente, el artículo 15 y 16 se refieren al derecho de acceso a la información, incluido el derecho a su propios medios de comunicación, instando al Estado para que salvaguarde que esto medios sean eficaces en la lucha contra los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

3. Reconocimiento de Derecho Indígenas para la protección del Patrimonio Cultural en la legislación chilena

En Chile, La Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas en vigencia a partir del 5 de Octubre de 1995, ha reconocido derechos específicos a los Pueblo indígenas del país. En el ámbito cultural la Ley Indígena promueve preservar la integridad de las manifestaciones culturales de los Pueblos indígenas, dando especial protección a los idiomas indígenas y al patrimonio cultural, especialmente aquellos que tienen significación espiritual o religiosa.

La Ley Indígena reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, mientras no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. Imponiendo en este marco al Estado el deber de promover las culturas indígenas (artículo 7).

En este marco, se reconoce un derecho específico sobre sitios sagrados que implica el derecho colectivo a realizar actividades en dichos sitios y a solicitar la propiedad de los espacios territoriales donde se emplazan cuando éstos tienen el carácter de bienes fiscales. Dispone, además, un mecanismo de reclamación judicial cuando las autoridades se niegan a acoger las reivindicaciones indígenas sobre estos espacios patrimoniales

En efecto, el artículo 19 de la Ley Indígena, dispone que “[...] los indígenas tienen el derecho a gozar y ejercer comunitariamente actividades en sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, canchas de guillatún, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de uso cultural o

recreativo, que sean de propiedad fiscal. Para ejercer este derecho se dispone que la Comunidad Indígena interesada podrá solicitar la transferencia a título gratuito de dichos inmuebles, los que se otorgarán mediante resolución expedida a través del organismo público respectivo, se calificarán, determinarán y asignarán los bienes y derechos. Para dotar de eficacia se contempla un mecanismo específico de reclamación judicial, estableciéndose que en el caso que no se cumpliera o existiere entorpecimiento en el ejercicio de estos derechos, la Comunidad Indígena afectada tendrá acción de reclamación ante el Juez de Letras competente quien, en única instancia, sin forma de juicio, previa audiencia de los demás interesados, del organismo público respectivo e informe de la Corporación, se pronunciará sobre la acción entablada” (artículo 19).

La ley Indígena, además, salvaguarda la integridad cultural e idiomas indígenas. Promueve el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas a través de, entre otros mecanismos, el impulso de los idiomas indígenas en áreas de alta densidad de población indígena; la inclusión de tales culturas e idiomas en el sistema educativo nacional; su difusión a través de los medios de comunicación, y la promoción de las expresiones artísticas y culturales indígenas, así como la protección de su patrimonio material e histórico (artículo 28). Además, contempla el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe en áreas de alta densidad indígena (artículo 32). Finalmente, considera la destinación de recursos para el desarrollo de un programa de becas indígenas (artículo 33).

El marco jurídico que hemos analizado planea una primera tensión entre los derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas respecto a su patrimonio cultural descritos *supra* y los reconocidos al Estado en la Ley de Monumentos Nacionales Nº 17.288 de 1970, cuestión que analizaremos a continuación.

El Artículo 1 de la Ley de Monumentos Nacionales dispone que:

Son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Estado, los lugares, ruinas, construcciones u objetos de carácter histórico o artístico; los enterratorios o cementerios u otros restos de los aborígenes, las piezas u objetos antropo-arqueológicos, paleontológicos o de formación natural, que existan bajo o sobre la superficie del territorio nacional o en la plataforma submarina de sus aguas jurisdiccionales y cuya conservación interesa a la historia, al arte o a la ciencia; los santuarios de la naturaleza; los monumentos, estatuas, columnas, pirámides, fuentes,

placas, coronas, inscripciones y, en general, los objetos que estén destinados a permanecer en un sitio público, con carácter conmemorativo. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley.

Esta definición coincide con la que instaura la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (UNESCO, 1972, ratificada por Chile en 1980), que insta a los estados a proteger, conservar y revalorizar los bienes situados en su territorio que correspondan a patrimonio cultural y natural (artículo 3).

Por patrimonio cultural la Convención entiende: “Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; los lugares, obra del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico” (artículo 1).

Bajo esta definición, espacios territoriales de significación cultural como es el caso del territorio Atacameño o Lickan Antay, entre otros, han sido afectados al régimen de protección que establece, en el contexto chileno, el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE) y, como consecuencia de ello, el Estado ha desestimado las demandas indígena a que se demarque y restituya el territorio donde se emplaza este patrimonio cultural, desplazándolos de sus tierras ancestrales. Además, se ha confiado la administración de estos espacios a agencias estatales públicas y/o privadas con mandato público, como son el Consejo de Monumentos Nacionales y la Corporación Nacional Forestal, respectivamente.

4. Tensión entre la propiedad indígena y la propiedad del Estado sobre tierras en que se emplazan objetos de culto, restos humanos y otros de significación cultural y espiritual para los pueblos indígenas que son declarados monumentos nacionales.

De acuerdo a lo planteado, una primera tensión se genera a propósito de la propiedad sobre las tierras donde están emplazados bienes de culto, espacios ceremoniales o restos humanos

indígenas. La segunda tensión se produce a propósito del modelo de gestión o administración de estos espacios territoriales y el patrimonio cultural.

Cabe tener presente que el principio rector en materia de protección al derecho a la tierra y los territorios es asegurar la integridad de la propiedad comunal indígena sobre estas tierras, de acuerdo al sistema consuetudinario indígena de tenencia de la tierra que, por regla general, no considera la enajenación de las tierras a terceros, sean particulares o el Estado (Aylwin J., 2002: 12). Conforme a ello el Estado debe garantizar la inembargabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad del territorio indígena y no puede expropiar las tierras indígenas, menos aun cuando éstas albergan el patrimonio cultural y espiritual indígena.

El Convenio 169 establece que, en materia de tierras, se requiere el consentimiento previo libre e informado, en adelante CPLI, de los pueblos indígenas en caso de traslado o reubicación fuera de sus territorios ancestrales². Instauro el derecho a regresar, en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación y, en el evento de que ello no fuera posible, deberán recibir a título de compensación tierras cuya calidad y estatuto jurídico sea al menos igual al de las tierras que ocupaban anteriormente, salvo que los pueblos interesados expresen libremente su voluntad de recibir una compensación en dinero³.

También exige el CPLI, cuando se adoptan medidas especiales destinadas precisamente a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de estos pueblos⁴.

En todo caso, deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar las tierras o de transmitir sus derechos sobre las tierras ancestrales fuera de la comunidad⁵, especialmente cuando estas tierras tienen significación cultural o espiritual.

La Corte Interamericana de Derechos humanos, en adelante la Corte IDH, ha consolidado una jurisprudencia en esta materia, también consistente con las directrices del Convenio 169 y la interpretación fidedigna del CEACR. En efecto, siguiendo la interpretación fidedigna formulada por

² Artículo 16.1 y 16.2, Convenio 169.

³ Artículo 16.3, Convenio 169.

⁴ Artículo 4, Convenio 169.

⁵ Artículo 17.1, Convenio 169.

los órganos de aplicación del Convenio 169, así como las de las disposiciones de la Declaración, al reconocer que el derecho de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras confiere pleno dominio. Ello, haciendo una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada consagrado en la Declaración y la Convención Americana. Así en el caso *Awatitpan vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH reconoció a la luz del artículo 21 de la Convención Americana la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra⁶. Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica⁷. La Corte extendió la protección de la propiedad basada en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos a la ocupación basada en el derecho consuetudinario indígena⁸.

Consistente con estas directrices el artículo 19 de la Ley Indígena, reconoce a los indígenas la propiedad plena en comunidad de los espacios territoriales donde se emplaza el patrimonio cultural indígena cuando estas tierras tienen el carácter de bienes fiscales.

Habiéndose determinado que el derecho internacional y nacional ha reconocido ampliamente los derechos de los pueblos indígenas a las tierras donde se emplazan sus bienes culturales, áreas ceremoniales y de cultura o que albergan restos humanos de sus ancestros, la pregunta que cabe formular es cómo se protegen los derechos indígenas, cuando estos espacios y el patrimonio cultural han sido incorporados, sin su consentimiento, como parte de Parques Nacionales, Reservas Naturales, Monumentos Naturales o han sido declarados Monumentos Nacionales, y como consecuencia de ello se limita el acceso indígena a estas tierras, se restringen sus actividades culturales y/o se confiscan objetos de culto o incluso restos humanos de sus antepasados.

Diversos instrumentos internacionales se han pronunciado al respecto.

⁶ Corte IDH, Sentencia *Caso Awatitpan vs. Nicaragua*, 2001, párr. 148-149.

⁷ Corte IDH, Sentencia *Caso Awatitpan vs. Nicaragua*, 2001, párr.151.

⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awatitpan Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, párr. 90. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Agosto de 2010, párr. 88.

- i. La Agenda XXI adoptada en el marco de la Cumbre del Medio Ambiente de Río Janeiro de 1992, Capítulo 26 reconoce la histórica relación de los indígenas con sus tierras, incluyendo en ellas el ambiente de las áreas que tradicionalmente han ocupado, así como los conocimientos tradicionales relacionados con ellas y con sus recursos (Cap. 26.1); se promueve la participación de las poblaciones indígenas y sus comunidades en la formulación de políticas, leyes, programas relacionados con el manejo de recursos y estrategias de conservación (Cap. 26.3c); y se plantea la necesidad de permitir a los indígenas mayor control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos, y participación en la toma de decisiones que les afectan, incluyendo la participación en la administración de las áreas protegidas (Cap. 26.4) (Aylwin J. y Cuadra X., 2011: 56).
- ii. En 1998 se creó un Grupo de Trabajo de la Conferencia de las Partes (Cumbre de Río de Janeiro de 1992) destinado a definir el alcance del artículo 8 j de la Convención sobre Biodiversidad adoptada en la Cumbre de 1992. En su reunión de 2000 la Conferencia de las Partes (COP 4) adoptó un programa de trabajo a objeto de asegurar el rol de las comunidades indígenas y locales en la protección de la biodiversidad así como la distribución equitativa de los beneficios derivados de los conocimientos y prácticas tradicionales para la conservación de la biodiversidad (Aylwin J. y Cuadra X., 2011: 56).
- iii. El 2004 la Conferencia de las Partes (COP 7) adoptó directrices voluntarias proveyendo lineamientos para introducir cambios en los criterios de conservación, en especial la inclusión de los pueblos indígenas y los pueblos trashumantes en los procesos de adopción de decisiones y en la administración de las áreas protegidas. En el 2007 la Conferencia de las Partes (COP-7) asumió como propios los acuerdos del Congreso Mundial de Parques de UICN celebrado en Durban el 2003 en relación a los pueblos indígenas y a las áreas protegidas (Aylwin J. y Cuadra X., 2011: 56). La misma Conferencia adoptó un *“Programa de trabajo sobre áreas protegidas”* que incluyó como objetivo sobre pueblos indígenas, el de *“intensificar y afianzar la participación de las comunidades indígenas y locales y de todos los interesados pertinentes”* (Objetivo 2.2), imponiéndose como meta para el 2008 *“la participación plena y efectiva de las comunidades indígenas y locales, respetándose plenamente sus derechos y reconociéndose sus responsabilidades, en consonancia con las leyes nacionales y las obligaciones internacionales aplicables; y la participación de otros interesados pertinentes en la gestión de las áreas protegidas existentes y en la creación y gestión de nuevas áreas protegidas”* (Aylwin J. y Cuadra X., [Forest Peoples Programme, 2008:.4.] 2011: 58).

- iv. En el marco de la implementación del CDB, el Protocolo de Nagoya insta un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados al aprovechamiento de recursos genéticos.

En virtud de lo convenido en dicho Protocolo, las Partes asumen la obligación de considerar la generación de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, que garantice la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos que se producen en situaciones transfronterizas o en las que no es posible otorgar y obtener consentimiento fundamentado previo. Los beneficios compartidos por los usuarios de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos a través de este mecanismo se utilizarán para apoyar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes a nivel mundial (Aylwin J. y Cuadra X., [Forest Peoples Programme, 2008:.4.] 2011: 58).

- v. Las directrices formuladas por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), han sido gravitantes en la revisión del concepto de áreas protegidas y en el establecimiento de nuevos lineamientos sobre su relación con los pueblos indígenas y comunidades locales⁹. En 1996 la UICN reconoció el derecho de los pueblos indígenas a participar en el manejo de las áreas protegidas establecidas en sus tierras y territorios, a que sus derechos sobre estas fuesen respetados y protegidos, y en consecuencia, se llegase a acuerdos con ellos previo al establecimiento de dichas áreas (Aylwin J. y Cuadra X., [Forest Peoples Programme, 2008:.4.] 2011: 58).

- vi. En 2008, la UICN instó a sus miembros a apoyar la creación de “territorios de conservación indígena”. Ello fue establecido en la Recomendación 4.049 donde se solicitó a los miembros de la UICN que: “(a) Reconozcan plenamente la importancia en materia de conservación de los Territorios Indígenas de Conservación y otras Áreas Conservadas por Pueblos Indígenas y Comunidades (TIC y ACPIC) –los cuales comprenden sitios, territorios, paisajes terrestres y marinos, y lugares sagrados conservados– que son administrados y manejados por Pueblos indígenas y comunidades locales, incluidos los Pueblos móviles; (b) apoyen la justa restitución de

⁹ La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), es una entidad integrada por estados, entre ellos Chile, y organizaciones ambientales, y constituye el foro más importante sobre conservación hoy en el mundo.

los derechos territoriales, sobre la tierra y los recursos naturales, de conformidad con objetivos de conservación y sociales, como lo consideren apropiado los Pueblos indígenas y las comunidades locales que gestionan los actuales TIC y ACPIC y/o que estén interesados en crear nuevos;

vii. Las directrices UICN 2008

(c) aseguren que toda inclusión de TIC y ACPIC dentro de los sistemas nacionales se haga con el libre consentimiento informado previo de los Pueblos indígenas y luego de una consulta plena con las comunidades y la consideración adecuada de sus preocupaciones; y (d) apoyen a los Pueblos indígenas y las comunidades locales en la protección de los TIC y ACPIC de las amenazas externas, mediante la aplicación de los principios del libre consentimiento informado previo, evaluaciones sociales participativas del impacto ambiental y cultural y otras medidas, como las que figuran en la Decisión VII/28 del CDB u otros acuerdos internacionales en lo relativo a nuevos desarrollos e iniciativas de conservación” .

Este cálculo tiene en cuenta los territorios ancestrales de las Primeras Naciones en Norte América y la Amazonia, las comunidades indígenas y los ejidos en México, los bosques indígenas y los páramos en la región andina, los mosaicos agroforestales en Suramérica, los bosques colectivos y aldeanos y las arboledas sagradas en África, y los bosques manejados comunitaria o conjuntamente en Asia (UICN/CEESP, 2010 [Molnar et al.]: 7)

5. Experiencias en el derecho comparado: Nueva Zelanda: Monte Aoraki/Parque Nacional Cook y otros

Los Ngai Tahu son propietarios por derecho ancestral de un territorio muy extenso que se compone de importantes áreas de conservación. Sus derechos sobre este territorio que abarca la totalidad de las tierras de la Isla del Sur de Nueva Zelanda fueron reconocidos en el tratado de Ngai Tahu de 1997.

En 1998, el Parlamento de Nueva Zelanda promulgó la Ley de Conciliación de Reclamos Ngäi Tahu por medio de la cual se aprobó un acuerdo negociado entre los Ngäi Tahu, la tribu Maori más grande, y el gobierno de Nueva Zelanda, sobre Te Waipounamu (la Isla Sur de Nueva Zelanda). La Ley surgió de un reclamo presentado por los Ngäi Tahu al Tribunal Waitangi, un organismo creado para investigar y hacer recomendaciones relativas a las violaciones del Tratado de Waitangi de

1840, suscrito por la Corona Británica y alrededor de 500 Rangatira (Jefes) Maori. El acuerdo Ngäi Tahu abarca aproximadamente el 65 por ciento de las tierras administradas por el Departamento de Conservación (DOC) de Nueva Zelanda, incluyendo parques nacionales, reservas naturales y otras áreas protegidas.

La noción de tōpuni: aplicación del derecho propio para la autogestión.

Lo más relevante en el Tratado de Ngäi Tahu es el reconocimiento del concepto de tōpuni. El tōpuni deriva de una costumbre tradicional Ngäi Tahu por la cual los Rangatira (jefes) extienden su mana (poder y autoridad) sobre zonas o personas cubriéndolos con sus “mantos”. El concepto de tōpuni, de acuerdo a como ha sido reconocido en la legislación, comprende tres elementos: la declaración de los valores Ngäi Tahu; un conjunto de principios para evitar la erosión de dichos valores; y acciones acordadas para hacer efectivos estos principios. Tal como establece el acuerdo, el Tōpuni es un símbolo público del mana whenua (autoridad /poder sobre la tierra) Ngäi Tahu y rangatiratanga (autoridad de jefatura o de gobierno) sobre las áreas públicas de conservación, y constituye el símbolo del compromiso de la tribu con la conservación de las áreas de importante valor natural e histórico y asegura el rol activo de los Ngäi Tahu en la administración del área .

La restitución de la montaña sagrada

El Tratado implicó, además, la restitución a los Ngäi Tahu de las tierras administradas por el Departamento de Conservación. Esta devolución incluyó la titularidad plena sobre Mt. Aoraki/Cook, considerada como la montaña más sagrada de la tribu y encarnación viviente de sus ancestros fundadores. De igual manera, se les transfirió el derecho de propiedad absoluta sobre tres estaciones de conservación ubicadas alrededor del Lago Wakatipu. Bajo el acuerdo, los Ngäi Tahu decidieron regalar la montaña a los habitantes de Nueva Zelanda, para su inclusión permanente dentro del Parque Nacional de Aoraki/Monte Cook. Se acordó que los Ngäi Tahu obsequiarían las cimas de las montañas a la Corona y arrendarían las áreas de alto valor de conservación, que suman un total de 35,000 hectáreas, a la Corona en forma perpetua y por un alquiler simbólico.

6. El caso de la Reserva Nacional Los Flamencos, una experiencia limitada de reconocimiento de derechos indígenas en materia de co – gestión del patrimonio cultural.-

La Corporación Nacional Forestal ha suscrito convenios de co – gestión con las distintas comunidades indígenas de origen Atacameño o Lickan Antay que trabajan en la administración turística de la Reserva Nacional Los Flamencos, ubicada en la Región de Antofagasta y ente las que se encuentran las asociaciones del Valle de la Luna, Coyo, Toconao y Socaire.

En dicho Convenio se establece la administración indígena de los sitios con el apoyo técnico de CONAF y se considera la posibilidad de reinversión en un fondo social y el traspaso de recursos.

Se establece que la Comunidad podrá realizar gastos hasta un 95% de los ingresos para operación del Plan de uso público y para los fines sociales que estime convenientes para el desarrollo de sus asociados.

El 5% restante será facturado a CONAF, porcentaje que contribuirá al financiamiento de los gastos de operación de la Reserva Nacional Los Flamencos.

Las partes acuerdan que los ingresos que administren las comunidades serán asignados de la forma que se indica a continuación:

- a) Setenta y cinco por ciento (75%), en financiamiento para la operación del Plan de uso público, que se implementa en la unidad respectiva.
- b) Veinte por ciento (20 %), en actividades de desarrollo social y cultural de la Comunidad.

Cabe consignar que, a pesar de que se permite la inversión en actividades de desarrollo social y cultural de la Comunidad, se establece una restricción en el sentido que dichas inversiones deben ser en “[...] en función a actividades específicas determinadas de común acuerdo por las partes, cuyas temáticas se adjuntan en Anexo (debe ser trabajado en conjunto CONAF-Comunidad) y que forman parte del presente contrato”.

Conclusión

Las restricciones que impone este modelo es que no resuelve la tensión planteada en este artículo, ya que mantiene en poder del Estado la propiedad de las tierras y el patrimonio cultural indígena, y establece un modelo de gestión tutelado que no se condice con el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas y más bien es restrictivo de sus derechos.

Recomendaciones

La UICN, ha definido directrices importantes en materia de reconocimiento y gobernanza de territorios indígenas declarados áreas de conservación que reproduciremos a continuación por ser ilustradoras para el caso Atacameño o Lickan Antay.

QUE HACER	QUE NO HACER
Reconocer derechos sobre sus tierras, aguas y recursos bioculturales	Difundir información de las ICCA sin el debido consentimiento libre e informado de la comunidad respectiva
Reconocer las instituciones locales que gobiernan los ICCA ¹⁰ , con apoyo para la autoevaluación y capacitación para fortalecer estrategias de gobernanza	Imponer regímenes de gobernanza desde el exterior, incluso los regímenes de co – manejo /gobernanza compartida, o aceptar que los derechos sean tomados por la fuerza o ignorados
Fortalecer leyes y políticas nacionales que reconozcan a los Pueblos indígenas y a las comunidades locales como actores legales que poseen derechos comunes	Socavar o quitar instituciones de gobernanza propia de las ICCA e imponer otras
Enfatizar que las ICCA son vínculos vivientes entre la diversidad biológica y la diversidad cultural	Imponer sistemas estatales legales en materia de representación y/o gestión
Apoyo y respaldo coherente a las comunidades que hacen cumplir las regulaciones de las ICCA	Generar situación de discriminación
Evaluación conjunta, con énfasis en impactos sobre la conservación, los medios de vida, la gobernanza y los valores espirituales	Dejar solas a las comunidades para hacer cumplir las reglas que regulan las ICCA e imponer sanciones, en particular cuando estas coinciden con las reglas del Estado

¹⁰ Territorios Indígenas de Conservación, nomenclatura UICN.

Asistencia técnica en materia de gestión, en el marco de un diálogo intercultural respetuoso	Evaluar a las ICCA de forma aislada respecto a las comunidades y conforme a expectativas externas
Prevenir y mitigar las amenazas sobre las ICCA	Imponer criterios técnicos y no valorar los conocimientos tradicionales
Apoyar actividades locales de uso sostenible de las ICCA para el sustento de las comunidades indígenas y locales	Imponer el estatus de área protegida o cualquier otro estatus especial sin el consentimiento, previo libre e informado del respectivo Pueblo indígena
Conservar las ICCA y preservar su independencia y autonomía	Reconocer formalmente una ICCA de manera que disminuyan los medios de vida locales o apoyen un tipo de desarrollo que socave la ICCA (turismo inapropiado o explotación de la naturaleza o cultura como mercancía)
Respetar el conocimiento tradicional	Permitir que las ICCA dependan entera o principalmente de incentivos económicos externos
Construir redes entre las ICCA	Imponer vías externas o científicas de entender o resolver los problemas que socaven los valores y conocimiento consuetudinario
Apoyar alianzas respetuosas entre Pueblos indígenas, comunidades locales, defensores de derechos humanos y profesionales del desarrollo y de la conservación	Confrontar los valores y derechos basados en la cultura con los derechos humanos, el desarrollo humano o las aspiraciones de conservación de atractivo general
Promover los valores de integridad y solidaridad comunitaria y la conciencia y cuidado ambiental	Incitar los intereses privados, el poder, la violencia como valores principales

Apoyar esfuerzos de paz y reconciliación que respeten a los Pueblos indígenas y las comunidades locales y sus lazos con la naturaleza	Exacerbar conflictos
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------

FUENTE: UICN/CEESP, nota informativa N° 10, Mayo - 2010: 6.