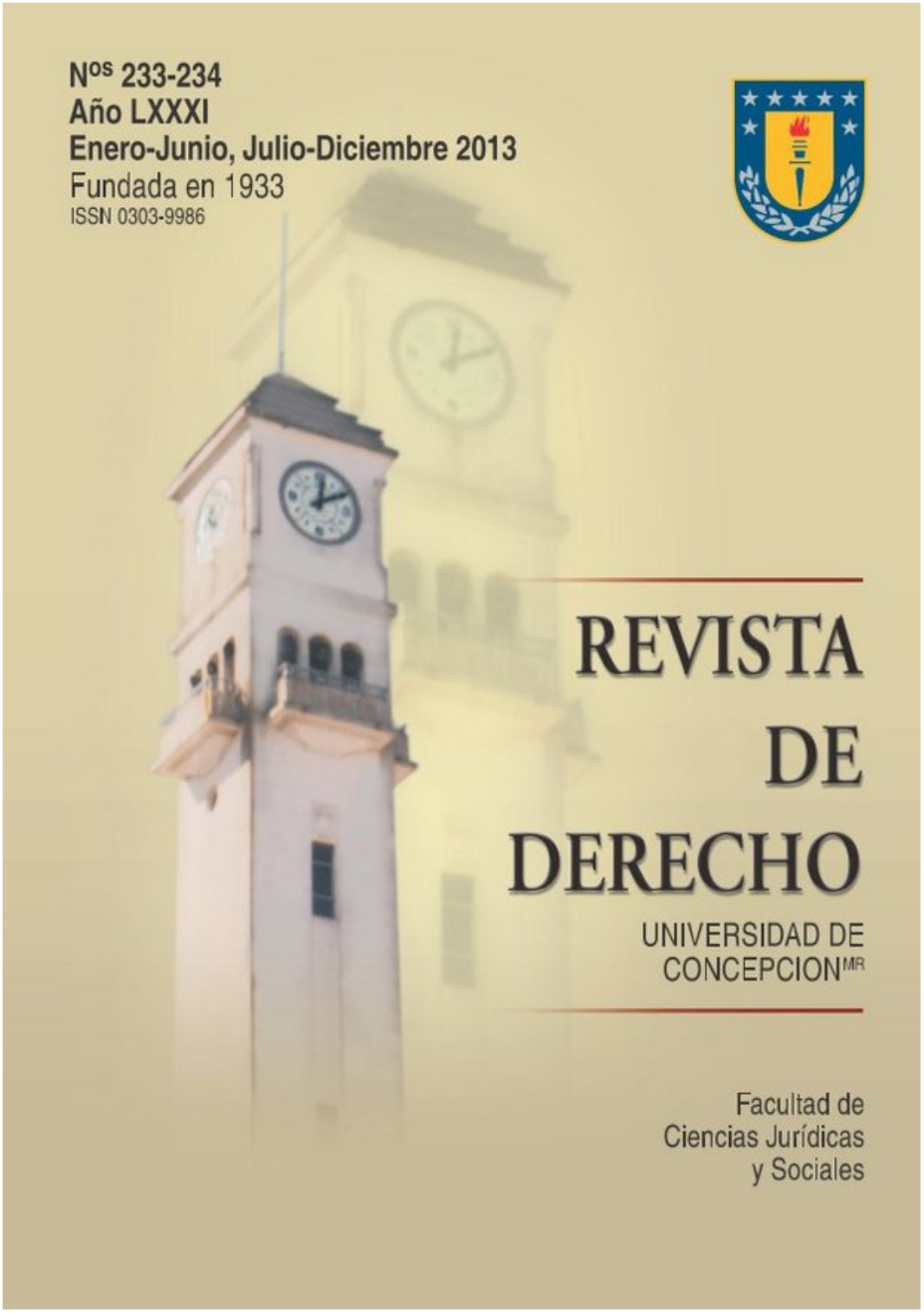
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PUEBLOS ORIGINARIOS Y EL USO DE LOS RECURSOS NATURALES MARINOS: DESAFÍOS QUE PLANTEA CANADÁ COMO MODELO DE DERECHO COMPARADO[*]

AMAYA ALVEZ MARÍN
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

RESUMEN[1]

Una mirada más cercana a lo que normalmente se considera una exitosa transición a la democracia en Chile revela que en materia de derechos fundamentales, ésta ha sido a costa de una falta de debate sobre aspectos sustantivos de los mismos o la invisibilidad de conflictos de derechos o intereses[2].

[*] Es trabajo es producto de la investigación llevada a cabo por su autora en el marco del proyecto Fondecyt Iniciación Nº 11121371, apoyo que la investigadora principal Dra. Amaya Alvez agradece sinceramente.

[1] La exposición en los Coloquios de Derechos Internacional 2012, así como este artículo están parcialmente basados en reflexiones obtenidas a partir de mi labor como directora alterna del estudio "Diseño y Aplicación de una Metodología de Recolección de Información en Terreno, Elaboración de Informes de Uso Consuetudinario del Borde Costero por Organizaciones Indígenas y Propuesta de Conformación de Equipo Interdisciplinario para la Elaboración de dichos informes en conformidad a la Ley Nº 20.249" adjudicada a la Universidad de Concepción por medio de una licitación pública Resolución Exenta Nº 0782, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República con fecha 6 de julio de 2012. Asimismo como miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia Código 12.E4.03. (Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo) fui la investigadora responsable, en conjunto con el Dr. Nicolás Gissi, del informe "Análisis crítico de la Ley Lafkenche y su implementación en el marco del la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Chile", en el marco del convenio específico de cooperación Universidad de Concepción (GIDH) e Instituto Nacional de Derechos Humanos.

[2] Amaya Alvez, "Forcing Consensus: Challenges for Rights-based Constitutionalism in Chile" en Colin Harvey & Alex Schwartz, eds., *Bill of Rights in Divided Societies* (Oxford: Hart Publishing, 2012); págs. 245-264; Esteban Montes y Tomás Vial, "The Constitution-building process in Chile: the authoritarian roots of a stable democracy" (2005) in *The Role of Constitution-building processes in Democratization* (International IDEA) available at www.iidea.int/conflict/cbp/.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este trabajo analiza los derechos indígenas como parte de un fenómeno pluralista que se vincula al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado chileno, con especial referencia al uso de recursos naturales marinos[3]. El objetivo es proponer los aportes que desde Canadá, pionero en la adopción de constitucionalismo multicultural en tanto derecho comparado carente de fuerza normativa pero herramienta plena de potencia argumental, puede ofrecernos tanto la Constitución como los fallos de los tribunales superiores de justicia, y las discusiones de la doctrina.

El significado de la cosmovisión Lafkenche relativa a los recursos marinos, considerando el modo en que este pueblo originario dota de identidad y sentido el borde costero marino chileno fue recogido como fundamento de la Ley 20.249, que creó el año 2008 una nueva institucionalidad denominada Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO)[4]. De esta nueva normativa adquiere relevancia el establecimiento del(os) uso(s) consuetudinario(s) invocado(s), cuyo objetivo es mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades[5]. Éstos podrán comprender, entre otros, usos pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales.

Los desafíos jurídicos al resolver conflictos con otras fuentes, como por ejemplo la costumbre jurídica y su interacción con normas jurídicas estatales, han sido abordados en el derecho comparado a través de movimiento tales como el pluralismo jurídico. La propuesta es examinar las problemáticas comparado con el objeto de proporcionar parámetros e ideas a quienes en el ámbito interno deberán dar fuerza a la normas nacionales e internacionales en la materia.

1. EL USO DEL DERECHO COMPARADO

Uno de los objetivos prioritarios del período de transición a la democracia fue la reinserción de Chile en la comunidad internacional, en primer término

[3] Dominique Hervé Espejo y Sergio Pérez Correa, "Adecuación de la legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales" en *El Convenio 160 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Jorge Contesse Singh (ed.) (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), págs. 23-55.

[4] Art. 1 Ley 20.249 (*D. O.* 16 de febrero 2008).

[5] Art. 6 Ley 20.249 (*D. O.* 16 de febrero 2008): "Se entiende por uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura".

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mediante la incorporación de los tratados internacionales ratificados por el país y que se encuentren vigentes como fuentes directas del orden constitucional chileno, aun cuando su jerarquía siga siendo debatida en doctrina[6]. Una segunda vía para reinsertar a Chile en la comunidad internacional ha sido la utilización del Derecho Comparado, entendido como ejemplos foráneos que ayudan a abordar la problemática jurídica local. Este ámbito ha sido muy poco tratado por la doctrina o simplemente abordado como parte del Derecho Internacional sin mayores distinciones[7].

El Derecho Comparado, usado de forma metodológica, podría ser de gran utilidad a la doctrina nacional relevante y así permear a todos los actores jurídicos[8]. En un principio, es útil subrayar que el derecho extranjero o foráneo no es vinculante. La fuerza del derecho comparado, como metodología, se basa en el poder persuasivo de los argumentos esgrimidos y lo que se puede aprender de ellos. En un sentido amplio, incluye el uso de legislación extranjera, doctrina de autores y/o jurisprudencia de tribunales de justicia, y se considera parte de una metodología interpretativa. En este sentido se ha debatido en doctrina que los ejemplos aplicados pueden ser por la vía de la semejanza en que se utilizan conceptos extranjeros para incorporarlos localmente, o puede ser por la vía de la diferenciación en que el objetivo de la comparación permita la distinción y el contraste entre los ordenamientos jurídicos con el fin de justificar la opción adoptada localmente[9].

Es útil distinguir escuelas de estudio en materia de Derecho Comparado con el objeto de establecer cuáles serían las consecuencias de adoptar una u otra en el ordenamiento jurídico chileno[10]. Para el enfoque funcionalista el objeto

[6] José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, Tomo I; Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, y Humberto Nogueira. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2002; Cecilia Medina. "La jerarquía en Chile de los Tratados de Derechos Humanos", pág. 45. Artículo publicado en el libro *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993.

[7] Humberto Nogueira, "El uso del Derecho Extranjero y del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno durante el periodo 2006-2007", *Revista de Derecho PUCV* XXXVII Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2011, págs. 275-326.

[8] Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Rights and Constitutionalism", 2008, 7 *Journal of Human Rights*, pág. 144.

[9] Kim Lane Scheppele, "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models" (2003) 1:2 *Int'l J. Const. L.* (I.CON), págs. 296-324.

[10] Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006); Jacco Bomhoff, "Balancing, The Global and the Local: Judicial Balancing as a problematic topic in Comparative (Constitutional) Law"; *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol. 31, Nº 2 - Summer 2008).

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de comparación son las soluciones que los diferentes ordenamientos jurídicos han encontrado a los problemas uniformes que enfrentan. El interés de estudio es objetivo y, por tanto, se centra en el resultado[11]. Los críticos de este enfoque tales como Pierre Legrand, sostienen de forma crítica que la igualdad sólo puede lograrse por medio de este enfoque si las dimensiones sociales, históricas y culturales son artificialmente excluidas del marco analítico[12]. La escuela expresivista se concentra en una comprensión particular de la norma jurídica, considerándola como un conjunto de procesos sociales integrados en contextos históricos y políticos[13]. El objeto de comparación se basa en las prácticas de acondicionamiento, reglas e instituciones y las especificidades de cada jurisdicción. Es relevante la aceptación de una u otra visión, pues un enfoque funcionalista sería favorable a la adopción del modelo canadiense sin examinar su contexto histórico, político o económico, y un enfoque expresivista, por el contrario, exigiría contextualizar su adopción.

Sin embargo, debemos hacer la prevención que el derecho comparado desde sus orígenes en Max Weber ha estado asociado a normas jurídicas de fuente estatal y ello ha sido una de las razones por las cuales lo estudios comparatistas han estado lejanos a los estudios socio-legales[14]. Por ello la costumbre indígena resulta particularmente compleja de analizar desde la perspectiva comparada, toda vez que su escrituración ha implicado para algunos como Patrick Glenn un proceso de marginalización al juzgarla por su externalidad actual, y no por su racionalidad histórica como medio de cohesión social[15].

2. DERECHOS INDÍGENAS Y DERECHOS PROVENIENTES DE TRATADOS INDÍGENAS

Los pueblos originarios en Canadá, según el Censo del año 2006, están constituidos por más de un millón de miembros, sobre una población total de

[11] Alan Watson, *Legal Transplants*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

[12] Pierre Legrand, "The same and the different", in P. Legrand and R. Minday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003), págs. 261-62.

[13] Sally Engle Merry, "New Legal Realism and the ethnography of transnational Law" (2006) 31 *Law & Society Inquiry*, pág. 975.

[14] Annelise Riles, "Comparative Law and Socio-Legal Studies" (capítulo 24), en Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford, Oxford University Press, 2006), págs. 776-813.

[15] Patrick Glenn, "The capture, reconstruction and marginalization of custom", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 Nº 3 (Verano, 1997), págs. 613-620.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

35 millones de habitantes[16]. Existe gran diversidad que, a modo de ejemplo, se concentra en 12 distintas familias de lenguas, las que a su vez se dividen en 50 grupos lingüísticos. Canadá, desde sus inicios como nación, celebró tratados con los pueblos originarios que habitaban los territorios conquistados por franceses e ingleses. Un hito relevante en esta materia fue la Proclamación Real de 1763, que tuvo por objeto proteger los intereses indios de los conquistadores y gobiernos locales[17]. Sin embargo, la política en general tuvo un marcado acento asimilador, en la cual las decisiones económicas, sociales y legales tenían por objeto destruir lo singular o distintivo de los pueblos originarios.

Es necesario distinguir dos fuentes de derechos en esta materia: Una primera fuente son los derechos indígenas o derechos de los pueblos originarios considerados derechos inherentes o propios de los pueblos mismos. Los derechos indígenas se derivan de la circunstancia histórica que esos pueblos originarios habitaban los territorios con anterioridad a la llegada de los conquistadores europeos. Ellos consideran que esta realidad incluye todo lo necesario para la sobrevivencia, tales como el derecho a la tierra, el uso de la lengua indígena, derechos económicos y culturales e incluso derechos de autogobierno. Se trata de una visión distinta del modelo liberal individualista, ya que por lo general los derechos indígenas son colectivos o grupales y tienen por objeto la sobrevivencia de la comunidad[18]. Las autoridades políticas y judiciales han tenido dificultades en conciliar estos derechos con el resto del ordenamiento jurídico canadiense. Originalmente se intentó clasificarlos, usando para ello categorías propias del Derecho Común anglosajón, pero hoy ese esfuerzo ha sido superado y se reconoce a los derechos indígenas como derechos *sui generis*[19].

Una segunda fuente son los derechos provenientes de tratados negociados entre los pueblos originarios y la corona inglesa. La mayor parte de los tratados fueron firmados entre los años 1800 y los primeros del siglo XX (1900). La mayoría de ellos tuvo por objeto obtener que los pueblos originarios consintieran en trasladarse a reservas, con indemnizaciones a pagar en cuotas anuales por parte del gobierno y como compensación, en algunos casos, de derechos

[16] Información disponible en Stadistics Canada www.statcan.gc.ca [visitado 5 de diciembre de 2012].

[17] John Borrows, "Constitutional Law from a First Nation Perspective: Self-government and the Royal Proclamation", (1994) 28 *U.B.C. Law Rev.*, pág 1.

[18] Randy Kapashesit & Murray Klippenstein, "Aboriginal Group Rights and Environmental Protection" (1991), 36 *McGill Law Journal*, pág. 926.

[19] Michael Asch and Catherine Bell, "Definition and Interpretation of fact in Canadian Aboriginal Title Litigation: An analysis of *Delgamuukw*" (1994) 19, *Queen's Law Journal*, pág. 503.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para cazar y pescar fuera de las reservas indígenas. La opinión de una parte de la doctrina, y jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, ha evolucionado hasta llegar a resolver que los pueblos originarios fueron despojados de sus territorios y que la intención de los tratados ha sido erróneamente interpretada en el tiempo. Un ejemplo concreto es el Tratado Nº 9 que entregó una milla cuadrada de reserva por cada 400 millas de territorio indígena bajo negociación, y que prometió respetar los derechos de caza. Este tratado fue criticado por el tribunal que conocía del pleito el año 1978 al indicar el juez que: "el Tratado Nº 9 no consideró la diferencia abismante entre las partes contratantes, por un lado funcionarios negociadores del Estado con amplios conocimientos legalistas, y por el otro, miembros de pueblos originarios analfabetos que sólo podían confiar en la palabra empeñada por Su Majestad. Si lo analizamos bajo el prisma de un acuerdo internacional, éste adolecería de numerosos vicios"[20].

Respecto de la situación actual de los tratados, la Corte Suprema de Canadá a partir de los años 80 ha concluido que no se trata de acuerdos privados, pues sus disposiciones obligan a toda la comunidad y no solo a las partes contratantes, como tampoco han sido reconocidos como acuerdos internacionales entre naciones soberanas. La conclusión ha sido considerarlos acuerdos de voluntades únicos, para los cuales deben ser desarrolladas reglas *sui generis* de interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia[21].

En Chile, éste es un debate pendiente. El último censo correspondiente al año 2012, en sus resultados preliminares, indica que la población que declara su pertenencia a algún pueblo originario en Chile asciende a 1,8 millones de personas, mayoritariamente mapuche en un 84 por ciento. Se trata de un 11,08 por ciento del total de la población estimada a nivel nacional[22].

Lo que parece novedoso es el análisis reciente sobre la existencia de tratados firmados entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche como resultado del Parlamento General de Tapihue de 1825[23]. La propuesta del destacado historiador Bartolomé Clavero es considerar la firma de estos acuerdos como verdaderos tratados, desprendiendo de los parlamentos celebrados aspectos

[20] Caso *R. v. Battisse* (1978) 19 O.R. (2nd) 145.

[21] Opinión del Presidente de la Corte Suprema Canadiense Brian Dickson en el caso *R. v. Simon*, [1985] 2 S.C.R. 387.

[22] Resultados preliminares disponible en www.censo.cl [visitado con fecha 20 de abril de 2013].

[23] Bartolomé Clavero, "Reconocimiento Mapu-che de Chile: Tratado ante Constitución", *Revista Derechos y Humanidades* Nº 13 (2008), págs. 13-40.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

constitucionales. Esto acercaría mucho el caso canadiense a la situación chilena. Si se lograra el reconocimiento de la doctrina y los tribunales de justicia de estos acuerdos como tratados celebrados válidamente entre el Estado de Chile y los pueblos originarios, habría que debatir su naturaleza jurídica: ¿Se trata de acuerdos privados? ¿Acuerdos públicos pues sus disposiciones obligan a toda la comunidad? o ¿acuerdos internacionales entre naciones soberanas? La solución canadiense ha sido considerarlos acuerdos de voluntades únicos, para los cuales deben desarrollarse reglas *sui generis* de interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia. Este sería un aspecto concreto en que lo resuelto en Canadá podría servir de argumento de derecho comparado para Chile.

Otro aspecto a debatir una vez aceptada la categoría de derechos indígenas sería las diferencias y similitudes entre las prácticas, costumbres o tradiciones que están siendo invocadas como un derecho indígena. La costumbre indígena constituye una fuente formal del derecho en Chile. Particularmente, la costumbre contenida en el art. 54 de la Ley Nº 19.253 o "Ley Indígena" del año 1993 dispone que "la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir de antecedente para la aplicación de un eximente o atenuante de responsabilidad". Se trata por tanto, hoy en día, del ámbito en que tiene mayor fuerza la costumbre en el ordenamiento jurídico chileno. La costumbre indígena es descrita como: "la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, por la generalidad de los miembros de un etnia indígena, porque de acuerdo a su cultura y tradiciones ancestrales, ello responde a una necesidad jurídica"[24]. Existe asimismo en la Ley Lafkenche, Ley 20.249 del año 2008, una figura diversa denominado "uso consuetudinario de los pueblos originarios" que coincide con todos los elementos de la costumbre indígena salvo en el elemento subjetivo, en que la "opinión de ser derecho" propio de la costumbre pasa a ser reemplazado por la "opinión de qué es cultura" respecto del uso. Queda abierta la interrogante si se trata de variaciones de los derechos indígenas o corresponde a categorías de naturaleza jurídica diversa. Dado que la costumbre indígena tiene una jerarquía que puede incluso ser de carácter supralegal, esta definición resulta relevante.

[24] Ximena Vega, "La Ley y la Costumbre Indígena como fuente del Derecho", Memoria de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2002, pág. 156.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

El proceso de repatriación de la Constitución desde el Reino Unido a Canadá en 1982, implicó una oportunidad para incorporar los derechos indígenas en el nuevo texto fundamental y aceptar el pluralismo jurídico como origen del constitucionalismo multicultural[25]. La segunda parte de la Constitución consagra, luego del catálogo de derechos y libertades fundamentales, un artículo que reconoce estos derechos indígenas. El artículo 35 (1) dispone: "Los derechos indígenas y los derechos emanados de tratados entre la Corona y los pueblos originarios son reconocidos y confirmados por esta disposición". A pesar de esta enorme diversidad la Constitución Canadiense de 1982, en su artículo 35(2) reconoce como pueblos originarios sólo a Indios, Inuit y a los Métis. El término indio hace referencia a la población aborigen existente con anterioridad a la llegada de los colonizadores europeos, referido al error histórico cometido por Cristóbal Colón, quien creyó haber descubierto una ruta hacia las Indias por Occidente. Los Inuits, también denominados "esquimales", son los habitantes de la parte norte del territorio canadiense. El término Métis hace alusión a los mestizos, descendientes de colonos y aborígenes. La búsqueda de una reconciliación entre los pueblos originarios y el gobierno de Canadá se tradujo en numerosas políticas que tienen por objeto exceptuar a los pueblos originarios del tratamiento legal ordinario considerando aspectos etnohistóricos y el deseo de proteger sus costumbres y usos ancestrales. El problema interpretativo ha sido determinar qué derechos fueron reconocidos y por lo mismo jurídicamente protegidos por medio de la Constitución de 1982. Este acuerdo no se logró en conversaciones sostenidas entre los pueblos originarios y el gobierno de Canadá con anterioridad a la aprobación del texto constitucional en 1982, por lo que finalmente ha sido resuelto por la Corte Suprema a través de los denominados casos emblemáticos.

El primer caso emblemático de la Corte Suprema de Canadá es *R. v. Sparrow* [1990][26]. En él, la Corte Suprema debió resolver si el Parlamento podía regular la actividad pesquera indígena o si por el contrario el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas y derechos emanados de tratados con indígenas limitaba sus facultades legislativas. La Corte Suprema Canadiense,

[25] Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*, Vol. 29, 2007.

[26] *R. v. Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

basada en evidencia proporcionada por el antropólogo Dr. Suttles, desarrolló un test o estándar judicial para probar si la legislación afectaba o no los derechos aborígenes protegidos por el artículo 35(1) de la Constitución de 1982. Este test judicial se basó en la idea que el Gobierno tiene la responsabilidad de actuar como fiduciario en relación con los pueblos aborígenes. La relación entre el Gobierno y los aborígenes debe ser una vinculación de confianza, en lugar de una confrontación permanente, y el reconocimiento actual de los derechos indígenas debe ser definido a la luz de esta relación histórica. Otra cuestión de gran relevancia es que el gobierno tiene el peso de la prueba respecto de cualquier legislación que tenga efectos negativos sobre los derechos indígenas protegidos por esta sección de la Constitución.

El test judicial estaría construido *prima facie* por las siguientes cuatro etapas:

1. ¿La legislación examinada interfiere con derechos indígenas reconocidos?
   a. Es la limitación razonable.
   b. Impone la legislación una carga adecuada.
   c. Significa la legislación una denegación de los derechos indígenas.

2. La segunda etapa implica la justificación de la medida limitante del derecho indígena.
   a. Implica reevaluar la relación de confianza entre la corona y los pueblos originarios.
   b. Implica establecer una jerarquización que priorice los intereses de los pueblos originarios sobre otras actividades deportivas o meramente recreativas.

3. Pudiera ser también aplicable el test de necesidad, que significa utilizar la medida que siendo efectiva restrinja lo menos posible los derechos indígenas.

4. Deber de consulta de las medidas que afecten a los pueblos originarios.

Respecto de los derechos indígenas que pueden ser invocados en materia pesquera, otros casos emblemáticos es la denominada trilogía *Van der Peet*[27], en que a través de tres casos la Corte Suprema de Canadá indicó que la evaluación de los jueces debería considerar:

[27] *R. v. Van der Peet* [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone* [1996] 2 S.C.R. 723 ; y *R. v. N.T.C. Somekhouse Ltd.* [1996] 2 S.C.R. 672.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(1) Prácticas, costumbres o tradiciones "integrales y distintivas del grupo aborigen que las reclame". En el caso *R. v. Sparrow* el derecho en disputa era la pesca del salmón como parte distintiva de la cultura del pueblo Musqueam. Es interesante que en esta etapa la Corte Suprema requiera que se identifique la práctica, costumbre o tradición particular invocada y no un uso genérico.

(2) La práctica, costumbre o tradición debe ser integral, referida a prácticas de significación central para la comunidad que la invoca. Este elemento persigue que lo protegido constitucionalmente sea lo distintivo de estas sociedades.

(3) La práctica, costumbre o tradición que está siendo invocada como un derecho indígena debe tener continuidad con las prácticas, costumbres y tradición existentes previo al contacto con los colonizadores europeos. Este concepto de continuidad es usado como parte de una interpretación propositiva del articulado de la Constitución de 1982.

(4) En materia probatoria los jueces deben comprender las particulares características de los derechos indígenas y en algunos casos la dificultad de su prueba. Uno de los grandes debates ha sido la aceptación de la tradición oral como medio probatorio[28].

Una materia relevante de considerar en la evolución de las prácticas ancestrales, es el caso emblemático *Van der Peet* [1996], referido también a la actividad pesquera de los pueblos originarios, en que se pregunta si la venta de pescado a escala comercial forma parte integrante de las prácticas, usos y costumbres invocadas como un derecho indígena. La Corte Suprema indica que resulta relevante distinguir entre el reconocimiento del derecho y el ejercicio del mismo. Se resuelve que los derechos indígenas de comercialización de la pesca pueden ser considerados prácticas ancestrales, pero el ejercicio del mismo en la actualidad puede adoptar formas modernas, que es el modo de reconocer la natural evolución de toda sociedad, incluyendo a las comunidades indígenas.

En el caso particular de *R. v. Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075 se llegó a la conclusión que el gobierno tenía el deber de consultar con los pueblos originarios la normativa de desarrollo tanto en la conservación de la población de peces autóctonos y las necesidades de las comunidades.

[28] Caso *Gwaslaam (Geroge Phillip Daniels) v. Canada* (Fisheries and Oceans), 2008 FC 912.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La primera gran distinción con Chile es que nuestro país carece de un reconocimiento constitucional de los derechos indígenas. Latamente debatido desde la reinstauración de la democracia en Chile en 1990, el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios ha sido obstaculizado por el reconocimiento de la nación chilena como una e indisoluble. Esta negativa a reconocer la naturaleza plural y multiétnica del Estado de Chile, inclusive abriendo el debate a la existencia de pluralidad de naciones ha sido vetada en numerosas ocasiones por ambas cámaras del Congreso Nacional. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en sus informes anuales 2010-2012[29] releva las principales obligaciones del Estado de Chile frente a la comunidad internacional en materia de derechos indígenas[30]:

– Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Al respecto es necesario indicar que Chile, mediante una solución amistosa frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoció en el año 2004 en el caso Huenteao Beraiza y otros vs. Chile[31], que la cuestión indígena era un tema de Estado cuya solución era esencial para asegurar paz y unidad social, así como el orden público. Por lo demás la propia Comisión Interamericana solicitó a Chile que se efectuara un reconocimiento constitucional que enriqueciera la identidad nacional.

– Implementación del Convenio 169 de la OIT, incluyendo las disposiciones declaradas no-autoejecutables por el Tribunal Constitucional[32].

– Debido proceso en la causas vinculadas al denominado "conflicto Mapuche", con especial referencia a la utilización de la Ley Antiterrorista. Un

[29] Los Informes correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 están publicados en el sitio del Instituto Nacional de Derecho Humanos: www.indh.cl [visitado en marzo de 2013].

[30] Al respecto ver el informe de James Anaya, Relator Especial para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas, Informe A/HRC/12/34/Add.

[31] Petición 4617/02 Caso Huenteao Beraiza y otros vs. Chile. Las peticionarias, miembros de familias Mapuche Pehuenche del Alto Bío Bío alegaron violaciones de numerosos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos en la implementacion de la Central Hidroeléctrica Ralco.

[32] El Tribunal Constitucional, a propósito de la inconstitucionalidad de ciertos preceptos del Convenio 169 de la OIT, dijo: "Los Tratados para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina 'self executing' y 'non self executing'. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuentes de derecho interno". Rol 309, considerando 48.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ejemplo de la responsabilidad internacional que pudiera afrontar Chile en el corto plazo es el caso Norin Catriman y otros vs. Chile Nº 12.576 que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos[33].

– Protección sobre tierras y recursos naturales indígenas en Chile.

4. DERECHOS INDÍGENAS ESPECÍFICOS EN MATERIA DE CAZA Y PESCA

Los conflictos más álgidos se han producido en torno a los derechos de caza y pesca de los pueblos originarios, y con mayor precisión al ejercicio de tales derechos. Éstos no se reducen sólo a un alimento o a la subsistencia de la comunidad, ya que las ceremonias y tradiciones vinculadas a estas actividades también son consideradas parte relevante de las costumbres y tradiciones de estos pueblos. Dado que la cosmovisión de estas culturas se expresa en una relación especial con los territorios y sus recursos naturales, para la Comisión Real sobre Pueblos Originarios de 1996 esta relación es tanto material como espiritual[34].

Los derechos indígenas de caza y pesca pueden ser limitados, pero para ello el gobierno debe superar el test judicial desarrollado en *R. v. Sparrow*, [1990] ya descrito. Esto significa reconocer cuáles normas de rango legal a nivel provincial o federal entrarán en conflicto con los derechos indígenas contenidos en tratados o amparados por la Constitución de 1982, y que para que esos derechos sean legítimamente limitados deben cumplirse requisitos precisos. Las colisiones se producen con normativa sobre pesca y caza generales, sobre porte de armas, de seguridad y sobre materias de conservación. Implica una jerarquización que prioriza los derechos indígenas por sobre otros derechos. Ej. pesca deportiva. Un ejemplo concreto de insuficiente priorización han sido un sistema de sorteo para el otorgamiento de permisos de pesca que no reconocía prioridad alguna a los indios[35] o una reducción de las cuotas de pesca sin priorizar la destinada a alimentación de los pueblos originarios[36]. El

[33] En el Caso Norin Catriman y otros vs Chile la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elevó los antecedentes a la Corte al considerar que el Estado de Chile efectuó irregularidades que afectaron el debido proceso, tomando en consideración el origen étnico de las víctimas de una forma injusta y discriminatoria, en un contexto de aplicación selectiva de la ley antiterrorista en contra de los miembros del pueblo Mapuche.

[34] Informe de la Comisión Real sobre Pueblos Originarios, "Restructuring the Relationships", 2 tomos (Ottawa: Supply and Services Canada, 1996).

[35] Caso *R. v. Dick* [1993] B.C.J. Nº 1396.

[36] Caso *R. v. Joseph* [1990] 4 C.N.L.R. 59 (B.C.C.A.)

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ejercicio de los derechos indígenas de caza y pesca suponen ciertas actividades complementarias que también están protegidas:

– Actividad incidental que se vincula a los instrumentos o herramientas necesarias para desarrollar las actividades. Podría eventualmente tratarse de un permiso para cargar armas de fuego o la construcción de una pequeña caseta de protección.

– Necesidades de conservación de los recursos naturales. Esta ha sido considerada una justificación adecuada de los derechos indígenas en la medida que el gobierno presente evidencia suficiente de la conservación requerida.

– Reglas vinculadas a la seguridad de quienes participan. Se ha debatido que se trata de un análisis caso a caso, no de una política general que pueda ser invocada como legislación. En el caso *R. v. Machimity* se debatió si la cacería nocturna era peligrosa. A pesar de que algunos propugnaban una regla general de que toda cacería nocturna lo era, se determinó examinar las circunstancias particulares de ese caso[37].

– Territorios en los cuales pueden ser ejercidos los derechos de caza y pesca. Por un lado, los tratados celebrados entre la Corona y los pueblos originarios determinan un territorio. Se han desarrollado numerosas controversias respecto de qué parte de los territorios ya han sido enajenados y son considerados hoy en día terrenos privados. En estos casos los tribunales han resuelto que se puede cazar en terrenos privados "siempre que no exista otro uso incompatible del territorio"[38].

– Comercialización de productos hidrobiológicos. Al respecto se ha mantenido en el derecho comparado un debate en torno a si los usos, costumbres y práctica de los pueblos originarios podrían incluir derechos de comercialización de productos hidrobiológicos a gran escala.

El profesor Shin Imai, especialista en temas de derecho comparado[39], relata cómo en Canadá se probó que existía comercialización a gran escala, incluso antes del contacto con los colonizadores europeos, por lo que debía aceptarse su existencia, aunque no de manera exclusiva[40]. En el mismo sentido

[37] Caso *R. v. Machimity* [1996] O.J. Nº 4365 (Ont. Prov. Div.).

[38] Caso *R. v. Agawa* [1988] O.J. Nº 1248.

[39] El profesor Shin Imai de Osgoode Hall Law School, York University, Canadá es parte del proyecto Fondecyt Nº 11121371 en calidad de profesor visitante (cooperación internacional).

[40] Shin Imai, *Aboriginal Law Handbook* (Toronto: Carswell, 2nd edition, 1999), chapter 3: "Hunting, Fishing and Trapping".

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

falló la Corte Suprema norteamericana en el caso *Washington v. Washington State Commercial, Passenger & Fishing Vessel Assn.* Interpretó que el tratado firmado en 1854 y 1855 tuvo por objeto dividir los recursos entre los pueblos originarios y el Estado, por lo que era adecuado entregar a los descendientes de esos pueblos hasta un 50% de la cuota de pesca en debate[41]. En el caso de Nueva Zelanda, en la década de los 90, el Gobierno celebró un acuerdo que incorpora una *joint venture* con el pueblo originario maorí, transfiriendo el 50% de la compañía comercializadora de pescados y mariscos Sealords Producers Ltda[42].

En Chile la entrada en vigencia de la Ley N° 20.249 crea la figura administrativa del Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO), figura que busca hacerse cargo en nuestro ordenamiento jurídico de la particular relación existente entre los Pueblos Originarios y el mar. Esta novedad, obviamente es susceptible de generar no sólo impactos positivos, sino también colisiones con otros regímenes existentes y que confieren derechos reales administrativos sobre el borde costero, su lecho, las aguas y los recursos naturales existentes en él. Si restringimos el debate a los derechos indígenas vinculados a la pesca, todas las variables deben ser consideradas, evaluadas y sopesadas cuando se intenta proteger los derechos indígenas de pesca y el modo en que los intereses económicos pueden colisionar con intereses pesqueros de población no-indígena. Se han promovido un total de tres causas judiciales relativas a la Ley 20.249 o Ley Lafkenche, todas por medio de la acción constitucional de protección consagrada en el art. 20 de la Constitución Política de la República. Todas ellas han sido conocidas en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, lo cual se explica por la concentración de las solicitudes en esa región. Al año 2012 sólo teníamos un pronunciamiento de la Corte Suprema respecto de la Ley Lafkenche. De estas causas, todas buscaban impugnar actuaciones administrativas dentro del procedimiento de declaración de una ECMPO[43]. La primera causa de protección fue presentada por Eric Vargas

[41] Caso *Washington v. Washington State Commercial, Passenger & Fishing Vessel Assn.*, 99 S. Ct. 3055 (1979), p. 3069.

[42] Tratado de Waitangi entre el Pueblo maorí y el Estado de Nueva Zelanda, Acuerdo en materia de demandas pesqueras, 1992.

[43] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, mediante Rol Nº 165-2010, fallada con fecha 11 de agosto de 2010 y que no fue apelada para ante la Corte Suprema; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa rol Nº196-2010, fallada con fecha 21 de septiembre de 2010 y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa rol Nº 161-2012, fallado con fecha 25 de septiembre de 2012 y apelado para ante la Excelentísima Corte Suprema. La que conoció del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia bajo el rol Nº 7544-2012.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Quinchaman, Lonko de la comunidad Mapuche-Williche "Willilafkenches" de la comunidad de Coihuin Chamiza en contra del presidente de la Comisión Regional de uso de Borde Costero, Sebastián Montes; lo que da cuenta de la incompleta e insatisfactoria forma en que son abordados los conflictos de intereses por la Ley Lafkenche. El acto impugnado es la resolución denegatoria de la CRUBC que se estima limita de manera inconstitucional numerosos preceptos constitucionales[44]. Lo debatido es en definitiva la colisión de intereses económicos, diverso del interés por proteger un espacio costero marino para los pueblos originarios y su jerarquización dentro de la normativa vigente.

El tercer caso, el más relevante a la fecha, pues es el único que tiene un pronunciamiento en segunda instancia de la Excelentísima Corte Suprema es el recurso de protección fallado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa rol N° 161-2012, con fecha 25 de septiembre de 2012. En esta causa don Chiguay Cárcamo, Lonko de la Comunidad Mapuche Huilliche Folil Trincao reclama en contra de la Comisión Regional de Uso de Borde Costero de la Región de Los Lagos, representada por su presidente Juan Sebastián Montes por considerar que sus garantías constitucionales han sido conculcadas[45]. La comunidad considera que la administración pública actuó de manera ilegal y arbitraria, al no respetar lo dispuesto en la legislación de ECMPO, lo que se traduce en una amenaza inminente al legítimo ejercicio del derecho por parte de la comunidad indígena Folil Tricao, a asegurar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales, vulnerándose en definitiva lo dispuesto en el artículo 19 Nos 2 y 8 de la Constitución Política de la República. La comunidad indígena estima además que se infringió el Convenio 169 de la OIT, y el hecho que CONADI ya había acreditado el uso consuetudinario en el informe, lo que fue desconocido. Finalmente la votación arrojó una mayoría de más del 50% para rechazar la solicitud, aprobando sólo 3 de los 10 espacios solicitados.

La decisión de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt estimó que no existía ningún acto arbitrario o ilegal que pudiera ocasionar en el actor conculcación de las garantías constitucionales y que amerite la intervención

[44] Artículos 5, 19 N° 21; 22; 23 y 20 de la Constitución Política de la República, artículos 8, inciso 9 y 10 de la Ley 20.249 sobre ECMPO, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el Convenio de Diversidad Biológica y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

[45] Artículos 19 N° 2; 8 y 20 de la Constitución Política de la República, 7 y 8 de la Ley N° 20.249, 2.1 y 8.1 del Convenio 169 de la OIT.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la Corte mediante el otorgamiento de providencias de emergencias, a fin de restablecer la legalidad quebrantada, por lo cual el recurso fue rechazado, sin costas. La comunidad indígena Mapuche-Huilliche Folil Trincao consideró que sus derechos constitucionales seguían agraviados y apeló de esta decisión ante el principal tribunal ordinario de nuestro país, la Excelentísima Corte Suprema. La que conoció del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia bajo el rol N° 7544-2012. La argumentación de la comunidad indígena es la actuación considerada arbitraria e ilegal de la administración, representada en la CRUBC que llevó a la denegación de la solicitud de ECMPO en la mayoría de los sectores solicitados, a pesar de existir un informe favorable de la CONADI. La administración se defiende argumentando que su rol es justamente compatibilizar todos los usos posibles del borde costero y justificando de este modo la inclusión de aspectos no considerados con antelación, como fue la potencial ampliación urbana de la ciudad de Quellón. Esta argumentación demuestra la falta de una jerarquía en los usos del borde costero.

La Corte Suprema acoge la reclamación de la comunidad indígena con fecha 13 de diciembre de 2012, en cuanto considera la forma en que la CRUB utilizó sus facultades para tomar una decisión meramente formal, alejada del espíritu de la Ley 20.249 (considerando cuarto). Además se mal usa el recurso de reclamación, incorporándose nuevos antecedentes en las consideraciones tenidas a la vista para resolver. Se produce, por tanto, una infracción al principio de legalidad, que impone a los órganos del Estado el deber estricto de actuar según lo dispuesto por la Constitución y las leyes (considerando sexto). La Corte Suprema considera que las decisiones adoptadas por la CRUB en las sesiones de fecha 16 de abril y 19 de junio de 2012, se traducen en "una discriminación arbitraria que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República, porque desconoce que a la comunidad indígena recurrente debe dársele el mismo trato que al resto de las comunidades que presentan similares solicitudes, quienes obtienen un pronunciamiento de las respectivas Comisiones Regionales del Uso del Borde Costero estrictamente apegado a la Ley 20.249" (considerando octavo).

El Convenio 169 de la OIT, y especialmente en lo referente a los recursos naturales, converge con la Ley Nº 20.249 o Ley Lafkenche. Se trata, para autores como Dominique Hervé y Sergio Pérez, de un intento por incoporporar el debatido concepto de territorio indígena en Chile, considerado como un hábitat necesario para desarrollar la cultura de los pueblos originarios.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La relevancia de estos ECMPO es que establece un convenio de uso, figura administrativa que permitirá utilizar, administrar y conservar recursos naturales que originalmente son bienes fiscales o cuya naturaleza jurídica se debate como el caso de los recursos hidrobiológicos precaptura[46]. Dada esta cercanía entre la norma interna e internacional es dable preguntarse: ¿existe una prelación del Convenio 169 OIT ratificado y vigente en Chile?, ¿esta prelación impone un parámetro de actuación al gobierno? Concretamente, el procedimiento establecido en la Ley 20.249 no contempla mecanismo de consulta para la propia comunidad indígena solicitante, y contempla uno, creemos, incompleto respecto de las comunidades indígenas próximas. Por ello el Convenio 169 de la OIT podría complementar el deber de consulta y participación de la comunidad(es) indígena(s) solicitante(s).

5. DERECHOS INDÍGENAS: PESCA DE SOBREVIVENCIA O FACULTAD DE COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS HIDROBIOLÓGICOS (MARISCOS Y PESCADOS)

Las condicionantes de la pesca son numerosas. En el ámbito biológico las condiciones cambiantes del mar, corrientes y plagas que afectan a los productos hidrobiológicos determinan cantidad y disponibilidad para ser capturados. Pero a la vez, el desarrollo de modernas técnicas de pesca hace que los recursos muchas veces sean sobreexplotados, produciendo en algunos casos su extinción. Todas estas variables deben ser consideradas, evaluadas y sopesadas cuando se intenta proteger los derechos indígenas de pesca y el modo en que los intereses económicos pueden colisionar con intereses pesqueros de población no-indígena.

El debate desarrollado en Canadá en el caso emblemático *R. v. Sparrow* [1990] dejó relativamente claro que el uso de recursos hidrobiológicos con propósitos alimenticios de miembros de pueblos originarios tenía prioridad por sobre otros, salvo que se justificara por parte del Gobierno la limitación sobre la base de la necesidad de conservación de ciertas especies. Bastante más dificultoso ha sido establecer un derecho de comercialización de pescados y mariscos como parte integral de sus usos, prácticas y costumbres preconquista.

[46] Dominique Hervé y Sergio Pérez, "Adecuación de la Legislación interna a los estándares impuestos para la administración de recursos naturales", en Jorge Contesse Singh (ed.), *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), págs. 15-118.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esto significó elevar el estándar judicial requerido a los pueblos originarios. La Corte Suprema en el caso *R. v. Gladstone* [1996] reconoció al pueblo originario Heiltsuk facultades de comercialización en la costa Pacífico de Canadá. En este caso, además, la Corte Suprema reconoció que no solo el legítimo interés de conservación podía ser el fundamento de la limitación de los derechos indígenas, sino que también "objetivos económicos y equilibrios regionales, o el reconocimiento histórico proporcionado a habitantes no-indígenas"[47].

En tiempos reciente el gobierno de Canadá ha reiniciado un proceso de celebración de tratados en materia pesquera con los pueblos originarios: Pueblo Inuit de Nunavik en 1975; Inuit de Nunavut en 1993; Pueblo Gwich' en 1992; Sahtu dene y Métis en 1993, Pueblo Nisga'a en 1999, Pueblo Tsawwaassen en 2006 y Pueblo Maa-nulth en el año 2009[48].

No es el objetivo de este trabajo una comparación en profundidad de cada uno de los tratados, pero claramente la tendencia ha sido restringir los derechos de pesca de los pueblos originarios a propósitos considerados domésticos, como alimento, actividades sociales y/o ceremoniales[49]. Distintos autores han sido críticos respecto de la regulación que distingue los usos dados a los recursos hidrobiológicos, considerándolo intrusivo y una fuente de constante conflicto entre los pueblos originarios y el Gobierno canadiense. Además se ha utilizado como argumento, que si el deseo del Gobierno fuese efectivamente la conservación como interés prioritario, no importaría mucho la razón por la cual el recurso ha sido extraído, una vez realizada la extracción. Por ello el gran debate ha estado centrado en cuotas de pesca.

Una posible salida intermedia entre el uso doméstico de los recursos y la comercialización abierta de éstos, es la creación de una categoría descrita como "derechos de pesca que permitan una moderada subsistencia". Ésta podría ser una vía aceptable. En el caso en que la Corte Suprema incorporó esta categoría, el ministro Binnie la describió como *"vinculada a la alimentación,* vestuario

[47] Darlene Johnston, "Lo, How *Sparrow* has fallen: A retrospectiva of the Supreme Court of Canad´s Section 35 Jurisprudence" in J. Bass, W.A. Bogart and F.H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century: the Way Forward* (Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005).

[48] Referencia más detallada a estos tratados puede encontrarse en: Douglas C. Harris & Peter Millerd, "Food Fish, Commercial Fish, and Fish to support a moderate livehood: characterizing Aboriginal and Treaty Rights to Canadian Fisheries" 2010, Artic Review on Law and Politics, vol 1, 1/2010, ISSN 1891-6252, págs. 91-95.

[49] Así al menos se establece en los acuerdos con el Pueblo Tsawwaassen en 2006 y el Pueblo Maa-nulth el año 2009.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y habitación, suplementada por algunas comodidades, pero no dirigida a la acumulación de riquezas"[50]. El problema asociado a la creación de una nueva categoría mantiene vigente parte de la problemática de regular no sólo la captura sino que también la destinación de los recursos capturados. Hay autores que sugieren considerar antecedentes etnohistóricos en un esquema de recursos limitados, considerando el hecho de que los pueblos originarios desarrollaban sus actividades de pesca con antelación a la llegada de los colonos europeos. Pero también, desde una perspectiva técnica, se sugiere aplicar un test judicial, que evalúe la justificación dada por el gobierno para limitar de acuerdo al contexto social, político y económico[51].

Así concretamente en Chile, hoy, creemos que la actual Ley de Pesca y Acuicultura no dispone de normativa que haga posible la participación efectiva de los pueblos originarios que desarrollan estas actividades como base fundante de su cultura. Tampoco se han debatido en Chile los objetivos de la creación de un Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios ECMPO como restringido a derechos de pesca de los pueblos originarios considerados domésticos, entendido como "alimento, actividades sociales y/o ceremoniales" o el interesante concepto desarrollado por la jurisprudencia canadiense de "derechos de pesca que permitan una moderada subsistencia".

6. LAS LECCIONES PARA CHILE DEL MODELO CANADIENSE DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA

Volviendo, a modo de reflexión final, a las escuelas de derecho comparado en que un enfoque funcionalista sería favorable a la adopción del modelo canadiense sin examinar su contexto histórico, político o económico, y un enfoque expresivista, por el contrario, exigiría contextualizar su adopción.

Desde una perspectiva funcionalista este trabajo intenta relevar las principales temáticas a abordar: como por ejemplo el Tratado de Tapihue (1825), como acuerdos celebrados válidamente entre el Estado de Chile y los pueblos originarios. La solución canadiense ha sido considerarlos acuerdos de voluntades únicos, para los cuales deben desarrollarse reglas *sui generis* de interpretación y aplicación por parte de los tribunales de justicia. Este sería un

[50] Caso *R. v. Marshall* [1999] 3 S.C.R. 456, considerando 59.

[51] Douglas C. Harris & Peter Millerd, "Food Fish, Commercial Fish, and Fish to support a moderate livehood: characterizing Aboriginal and Treaty Rights to Canadian Fisheries", págs. 103-104.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aspecto concreto en que lo resuelto en Canadá podría servir de argumento de derecho comparado para Chile. Un segundo aspecto sería el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios ya comprometido desde el año 2004 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[52]. Una vez aceptada la categoría de derechos indígenas, sería necesario abordar las diferencias y similitudes entre las prácticas, costumbres o tradiciones que están siendo invocadas como un derecho indígena. Reconocidos los derechos indígenas, y establecidas su características constitucionales será necesario trabajar en un mecanismo de adjudicación de las colisiones de derechos con intereses generales que se pudieran producir. La solución canadiense ha sido la creación de un test judicial específico que debe ser aplicado cada vez que se intente justificar la limitación de derechos indígenas. Esto significa que el Gobierno debe justificar las razones por las cuales desea limitar los derechos indígenas, siendo de éste la carga de la prueba. En Chile la construcción de test judiciales se ha limitado a la migración imperfecta del test de proporcionalidad[53].

Desde una perspectiva expresivista la principal diferencia, en el caso chileno, es la ausencia de una búsqueda de reconciliación entre los pueblos originarios y el Estado. Esto pasaría por reconocer errores históricos, abusos legislativos y discriminaciones estructurales que a lo menos debieran traducirse, en la actualidad, en políticas públicas que tengan por objeto exceptuar a los pueblos originarios del tratamiento legal ordinario considerando aspectos etnohistóricos y el deseo de proteger sus costumbres y usos ancestrales. Es interesante la propuesta canadiense que ha obligado a examinar las políticas bajo el prisma que el Gobierno tiene la responsabilidad de actuar como fiduciario en relación con los pueblos aborígenes. Esta perspectiva aplicada a Chile haría necesario repensar el modelo liberal individualista de derechos y plantear la existencia de modelos alternativos, tales como por ejemplo el pluralismo jurídico; podría dar paso a un multiculturalismo constitucional, en que los derechos indígenas colectivos o grupales pudiesen ser reconocidos y preservados.

[52] Solución amistosa de la petición 4617/02 Caso Huenteao Beraiza y otros vs. Chile.

[53] Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina, "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, año 10, Nº 1, 2012, págs. 65-116.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate, E. 2008. Derechos Fundamentales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile.

Alvez, A. 2012. "Forcing Consensus: Challenges for Rights-based Constitutionalism in Chile" en Colin Harvey & Alex Schwartz, eds., *Bill of Rights in Divided Societies* (Oxford: Hart Publishing).

Bengoa, J. 2007. *Historia de los antiguos mapuches del sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII*, Catalonia, Santiago.

Berraondo, M. (coord.) 2006. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.

Bomhoff, J. 2008. "Balancing, The Global and the Local: Judicial Balancing as a problematic topic in Comparative (Constitutional) Law"; *Hastings International & Comparative Law Review*, Vol. 31, Nº 2.

Borrows, J. 1994. "Constitutional Law from a First Nation Perspective: Self-government and the Royal Proclamation", *U.B.C. Law Rev.* 28.

Carmona C., 2011. "Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas", en Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, en *Revista de la Fundación Facultad de Derecho*, Universidad de Chile.

Clavero, B. 2008. "Reconocimiento Mapu-che de Chile: Tratado ante Constitución", *Revista Derechos y Humanidades* Nº 13.

Contesse Singh, J. (ed.) 2012. *El Convenio 160 de la OIT y el derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Engle Merry, S. 2006. "New Legal Realism and the ethnography of transnational Law". Law & Society Inquiry, 31.

Johnston, D. 2005. "Lo, How *Sparrow* has fallen: A retrospectiva of the Supreme Court of Canada´s Section 35 Jurisprudence" in J. Bass, W.A. Bogart and F.H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century: the Way Forward* Toronto: Law Society of Upper Canada.

Imai, S. 1999. *Aboriginal Law Handbook*, Toronto: Carswell, 2nd edition.

Lane Scheppele, K. 2003. "Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models" 1:2 *Int'l J. Const. L.* (I.CON).

Legrand, P. y R. Minday (eds.) 2003. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press.

Artículo: Pueblos originarios y el uso de los recursos naturales marinos. Desafíos que plantea Canadá como modelo de derecho comparado
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Amaya Álvez Marín

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Medina, C. 1994. *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Ediciones Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Montes, Esteban y Tomás Vial. 2005. "The Constitution-building process in Chile: the authoritarian roots of a stable democracy" in *The Role of Constitution-building processes in Democratization* (International IDEA) available at www.iidea.int/conflict/cbp/

Nedelsky, J. 2008. "Reconceiving Rights and Constitutionalism", 7 *Journal of Human Rights* 139.

Reiman, M. y Zimmermann, R. (eds) 2006. *The Oxford Handbook of Comparative Law.* Oxford. Oxford University Press.

Watson, A. 1974. *Legal Transplants*, Edinburgh: Scottish Academic Press.