

TERRITORIO Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS EN CHILE

Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la
urgencia del Reconocimiento

MATÍAS MEZA-LOPEHANDÍA GLAESSER
PROFESORA GUÍA: NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA

Santiago, Chile, 2009



Este trabajo está protegido por licencia Creative Commons Atribución-Licenciar Igual 2.0. Puede ser reproducido, distribuido y adaptado libremente citando la fuente. Las obras que utilicen parte o todo este material deben regirse por la misma licencia.

Contacto: elcorreodematias@gmail.com

Este trabajo está dedicado a la Comunidad Autónoma de Temucuicui y en especial a sus niños, que padecen cotidianamente en forma de represión policial y discriminación, la violencia de la negación de los derechos de su Pueblo Mapuche.

AGRADECIMIENTOS

Manifiesto mis agradecimientos a la profesora Nancy Yáñez de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por haber estimulado mi interés en la problemática de los derechos de los pueblos indígenas y particularmente por su invitación a participar en el Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas desde 2005. Dicha experiencia ha sido fundamental para conocer de cerca la realidad práctica y urgencia del problema del reconocimiento de los pueblos originarios en Chile, especialmente del *mapuche*, el más numerosos del país. Agradezco también a la Doctora en Derecho profesora Myrna Villegas, por haberme incluido en el Programa de Investigación Ignacio Domeyko bajo cuyo marco realicé parte de esta tesis. Expreso mi gratitud con el profesor Augusto Quintana, del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derechos de la Universidad de Chile, con quien inicié este trabajo en el marco del taller de memoria sobre *Multiculturalismo, Derechos Colectivos y Constitución Cultural*. También agradezco a mis compañeros del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas por acogerme y facilitarme esta tarea. Obviamente quedan dispensados de toda responsabilidad por las falencias de este trabajo.

Al final, y lo más importante, agradecer a Carmen Luz, sin cuyo apoyo infinitamente paciente este trabajo hubiese sido imposible.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE	8
Libertad, igualdad, asimilación y autonomía: sobre el Estado Nacional y los indígenas	
1. República, Estado y Nación	8
2. La Revolución y su indigenismo	14
3. El Nuevo Movimiento Indígena: territorio y autonomía	18
SEGUNDA PARTE	28
La demanda por el territorio y la autonomía de los Pueblos Originarios: legitimidad y significado	
1. Tierra y Territorio	29
2. Territorio, Autonomía y Autodeterminación	33
3. Autonomía y derechos individuales: hacia una fundamentación liberal de los derechos colectivos de los pueblos	42
TERCERA PARTE	50
Tierra, Territorio y Autonomía indígena en el sistema normativo chileno	
Capítulo I: El Derecho Internacional	52
1. Iusnaturalismo y positivismo <i>estadocéntrico</i>	55
2. El sistema internacional de derechos humanos y los Pueblos Indígenas	58
3. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas	65

a) El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas: un nuevo bloque internacional de derechos	67
b) El titular de los derechos: los pueblos y su autodeterminación	73
c) Derechos Territoriales: las consecuencias de la autodeterminación	77
d) Autonomía en el bloque internacional de derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas: consulta, participación y jurisdicción	79
e) El Convenio 169 de la OIT en Chile: aplicabilidad y justicia	87
f) El Convenio 169 de la OIT ante el Tribunal Constitucional y la cuestión de la autoejecutabilidad	88
 5. Jurisprudencia Internacional e Interamericana	 93
a) Desarrollo jurisprudencial	93
b) La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana	103
 Capítulo II: La Constitución Política de la República	 107
 1. La constitución nacionalista de 1980 y la negación de la diversidad	 107
a) Las Bases de la institucionalidad	113
<i>Libertad, Igualdad y Dignidad</i>	113
<i>Grupos Intermedios, Autonomía y Pueblos Indígenas</i>	114
<i>Estado Unitario y Pluralismo</i>	117
<i>Nación, Soberanía y Pueblos Indígenas</i>	120
b) Algunas ideas para la interpretación evaluativa del derecho a la propiedad en la Constitución chilena	124
 2. Los obstáculos al reconocimiento: la fantasía unitaria y el fantasma de la secesión	 128
 Capítulo III. Leyes sobre indígenas: integración y desarrollo subordinado	 142

1. Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253 de 1993	142
a) Tierra y Territorio	143
b) Participación, Consulta y Autonomía	156
2. La Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la variable antropológica y la protección de derechos	159
3. La Ley 20.246 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (Ley Lafkenche)	163
 CONCLUSIÓN	 168
Hacia el reconocimiento y la autonomía de los Pueblos Originarios en Chile	
 BIBLIOGRAFÍA	 173
I Artículos y Publicaciones	173
II Informes y Documentos de Trabajo	179
III Revistas	182
IV Tesis	183
 ANEXOS	
I Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo	
II Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas	

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar la institucionalidad jurídico-política chilena y su capacidad para hacer efectivos los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a los pueblos originarios.

Para esto comenzamos contextualizando históricamente la relación entre los Pueblos Indígenas y los Estados de la América hispana, constatando que la constante ha sido la sumisión de aquellos a ordenamiento jurídicos que niegan la diversidad, propiciando la usurpación y/o reducción de las tierras indígenas y limitando el acceso a sus recursos naturales. Luego abordamos la cuestión del contenido y legitimidad de la demanda por territorio y autonomía de los pueblos originarios. Revisamos los argumentos esgrimidos por los propios indígenas, los cientistas sociales y los filósofos para fundamentar su reivindicación. A continuación revisamos cómo el sistema normativo chileno en su conjunto recepciona estas demandas, ya acogidas en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. A partir de esto establecemos hasta qué punto es necesaria una reforma constitucional para armonizar el ordenamiento jurídico interno con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas internacionalmente reconocidos.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the Chilean legal-political institutionality and its capacity to allow internationally recognized fundamental rights to be exercised by its native peoples.

To do this, we begin by historically contextualizing the relationship between the indigenous peoples and the states of Hispanic America, stating that the constant has been the submission of such people to legal ordinances that don't allow for diversity, usurping and/or reducing indigenous lands and limiting access to natural resources. We then approach the issue of the content and legitimacy of the native peoples' demand for territory and autonomy. We review the arguments on which the indigenous people base their demand, put forward by social scientists, philosophers and the indigenous peoples themselves. Next we look at how the Chilean legal system, as a whole, receives these demands, already accepted in international human rights law, particularly in the International Labor Organization Convention No. 169, the jurisprudence of the

Inter-American Court of Human Rights of the Organization of American States and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. From here we establish to what extent a constitutional reform is necessary to harmonize the internal legal ordinance with internationally recognized fundamental rights of indigenous peoples.

TROKIÑ

Tvfa chi kvzau niei ñi tuam ina kintual chi chumlen ñi az zugun ta pu winka, ka ñi chumlen ta azvmkunual pu taiñ mogen itxofill mapu muleleu kimtukunielu itxo kom pu che.

Feimu ta wune pegeltukunuaiñ chumgechi ta kuifi nvnuigvn pu che fau mvleluegvn, ka kamapu kvpalu, welu ka azmogen tukupaigvn ka elkvnuigvn tamvn kizu ñi kintunegvn, feyegvn ñi norzugun, welu illulaigvn ño itxofill mogen, re illuigvn ñi muntuyal ka ta ñi pichintugeal tain mapu welu ka ta pepi kontugenoal taiñ itxofill mapu mogen. Kafei inafiin chumuelu ta tvfa ke pu che zuamnieiegvn mapu, welu kizuegvn mogeleal tvfa chi pu txokin che. Kintufiin kizu ta ñi rakixuam nentukelu pu che, kakelu pu che ka ta pu kimche ñi chungelu ta montutukelu. Ka kintufiin chugechi ta chi pu winka ñi wirin kon egvn Lloukei tvfa chi zugu, zeu llougelu ñi az zugun itxofill ka mapu ceu ta inkagetuken che ñi zuam, welu zoi Convenio 169 txokin txawun ka mapu ñi kvzao egvn, chumgechi kageluevn elkunulu ka Corte Interamericana ñi inkan pu che ka ta ñi pu estado ñi tx okin egn., mvlelu tvfa chi naciones unidas meu. Feitachi zuam meu feipintukuin cheu ñi pual zuamgei kiñe reforma constitucional meu zoy ñi nor amulnieal tvfa chi zuam az zugun fau muleleu egvn, ka ta pu kizu ñi zuam nielu kom pu txokin che itxofill mapu kinniegelu.

INTRODUCCIÓN

A comienzos de la década de los 90's podíamos escuchar a los ideólogos del neoliberalismo anunciando el *fin de la historia*. Por cierto no se referían a la detención completa del devenir sino a que la humanidad habría alcanzado al fin la utopía de la libertad gracias a la democracia liberal y a la implementación de un modelo económico basado en el libre mercado de bienes y servicios. Sin embargo, el despliegue global del *librecambismo* mostró rápidamente las fracturas del discurso enarbolado por sus impulsores: no consideraba los efectos que los procesos de modernización estaban provocando.

De una parte el mercado irrumpía con la aceleración de su vorágine privatizadora, la que sumada a la transformación del capitalismo productivo industrial en uno de carácter eminentemente financiero especulativo, tendía a romper las tradicionales fronteras nacionales y las identidades construidas en torno a ellas, imponiendo la lógica mercantil por sobre cualquier consideración de la antigua soberanía estatal¹. Paradójicamente, fueron los mismos Estados

¹ “Desde la segunda guerra mundial, pero sobre todo desde el decenio de 1960, el papel de las 'economías nacionales' ha sido menoscabado o incluso puesto en entredicho por las grandes transformaciones habidas en la división internacional del trabajo, cuyas unidades básicas son

los que impulsaron este proceso en estrecha alianza con las emergentes corporaciones transnacionales².

Mientras tanto, en los países periféricos de África y América el *desarrollo* continuaba su avance cuantitativo y cualitativo. De un lado, los antiguos territorios indígenas fueron incorporados a la *nueva* (de puro vieja) economía de producción extensiva de bienes primarios para la exportación, acarreando dramáticos efectos para la posibilidad de subsistencia de sus comunidades, con la esperable reacción organizativa de las mismas³. Por otro lado, el capitalismo intensificaba la *mercantilización* de las relaciones sociales, tanto en los nuevos espacios que conquistaba como en aquellos donde se reproducía hacía tiempo sin tocar ciertos elementos que parecían ajenos a sus operaciones hasta ese momento⁴. Así, se seguía imponiendo un modelo de vida individualista y atomizador, que buscaba la *homogenización* de los patrones de consumo de los distintos mercados para maximizar el beneficio, cuestión difícilmente compatible con la diversidad cultural del Planeta⁵.

Sin embargo, el carácter opaco, desigual y competitivo del mercado como motor de la acumulación de capital, hizo que su propio funcionamiento

empresas transnacionales o multinacionales de todos los tamaños, y por la correspondiente creación de centro y redes internacionales de transacciones económicas que , a efectos prácticos, quedan fuera del control de los gobiernos estatales” (HOBSBAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Editorial Crítica, 1991, p. 191).

² BELLO, Álvaro, *Los Pueblos Indígenas y las contradicciones de la globalización*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco (Chile), Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, p. 53

³ SÁNCHEZ, Consuelo, *Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía*, 1999, México, Siglo XXI editores, p. 114. En Chile podemos ver que las comunidades mapuche más activas en la reivindicación de sus derechos son justamente las de las provincias de Arauco y Malleco, donde el impacto de la plantación extensiva de monocultivos forestales es más dramático (MONTALBA, René, CARRASCO, Noelia y ARAYA, José, *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile. El Caso de la Comuna de Lumaco, región de la Araucanía*, Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, 2006.

⁴ ROJO, Grínor, *Globalización e identidades nacionales y postnacionales...¿de qué estamos hablando?*, Lom, Santiago de Chile, 2006. p. 114.

⁵ Felipe Gómez Isa señala en relación al impacto de la globalización neoliberal en las identidades culturales que “[e]ste auténtico monopolio del mercado cultural e informativo puede llegar a convertirse en un vehículo privilegiado para la homogeneización cultural y la estandarización de patrones y hábitos de consumo, dando lugar a lo que Marta Harnecker ha denominado macdonalización de la cultura” (en GÓMEZ ISA, Felipe, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *Globalización, Derechos Humanos...*, p. 125). *El desatacado es del autor*.

operara como limitante en dicho proceso, al generar desarrollos desiguales, que produjeron y reprodujeron particularismos sociales, políticos y culturales⁶.

Por otra parte, la idea ilustrada acerca de que la modernidad era un estadio más elevado de la civilización que debía ser alcanzado inevitablemente por todos los pueblos de la tierra liderados por la tradición occidental, había perdido credibilidad tras la evidencia histórica acumulada en el último siglo⁷.

De esta manera, la modernización en su variante neoliberal, que teóricamente debía suprimir las diferencias étnicas y convertir a la población mundial en un conjunto más o menos homogéneo de *ciudadanos/consumidores* estaba produciendo justamente el efecto contrario. Mientras más se extendía su pretensión homogeneizadora sobre el Globo -fundada en la acumulación y la ganancia- más variadas eran las respuestas que los individuos y sus colectividades elaboraron para su subsistencia cultural y física, al tiempo que su expansión conllevaba adelantos económicos y tecnológicos que alimentaban las expectativas de transformación del orden social⁸, entre ellas la *globalización* de los derechos fundamentales⁹.

La globalización no es, por su puesto, la única causa de este fenómeno; pero no cabe duda que la lenta delincuencia de las fronteras, la expansión del mercado y del consumo y la técnica que comienza a esparcirse por el mundo, en vez de contribuir a la homogeneidad, parecen estimular un renacer de las identidades y las pertenencias colectivas que , hasta hace poco, parecían ahogadas¹⁰.

⁶ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, 4ª edición, 2004, México, Siglo XXI editores, pp. 107.

⁷ Nos referimos a la brutalidad de la expansión colonial y el imperialismo, las guerras europeas de alcance mundial y sus holocaustos (étnico y atómico), los experimentos desarrollistas en el tercer mundo y las dictaduras militares que les siguieron y la descolonización de África según el *principio nacional*, con sus devastadores efectos. El golpe de gracia lo daría el fracaso de los socialismo reales y la dictadura del proletariado en su intento por alcanzar el comunismo por la vía del asalto al poder como realización de la modernidad (BARAONA, Miguel, *Op. Puntos de Fuga: El fin de una historia y la transición a la hipermodernidad.*, p. 32s.).

⁸ BARAONA, Miguel, *Ecos cercanos. Los clásicos y la cuestión étnica*, Lom ediciones, Santiago, 2007, p. 192 y 214.

⁹ BELLO, Álvaro y AYLWIN (compiladores), *José, Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, Temuco (Chile), 2008, pp. 12-30.

¹⁰ PEÑA, Carlos, *Ciudadanía y reconocimiento: El lugar de las minorías*, en Revista Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, p. 99.

La acelerada expansión del capitalismo en la última mitad de siglo en América, en vez de lograr la asimilación de los pueblos indígenas al cuerpo de la nación mestiza y *su modernidad*, generó dinámicas que los impulsaron a mantenerse o (re)constituirse como grupos diferenciados e incluso como sujetos sociales en tanto reivindican derechos colectivos. No se trata de que se hayan mantenido *iguales a sí mismos* sino que han defendido su identidad y solidaridad social a partir de componentes étnicos, evocando -frente a la sumisión colectiva presente- una tradición y origen ancestral más digno y soberano, movilizándose a partir de ello¹¹. La etnicidad -como elemento determinante para aquellos que configuran su identidad a partir de aquella-, es un fenómeno profundamente histórico y moderno en tanto forma de buscar la supervivencia individual y colectiva ante las contradicciones y amenazas de la modernización capitalista¹². En otras palabras, los pueblos indígenas,

han forjado para sí una identidad, en diálogo, justamente, con la nación chilena, una identidad que, sin embargo, no logra confundirse plenamente con ella y que reclama, entonces, reconocimiento. Esas demandas muestran que la identidad cultural más inmediata -forjada en medio del lenguaje la tradición oral y la exclusión, ha sido, hasta cierto punto, indócil a la homogeneidad de la Nación y del Estado¹³.

Comprender la cuestión de esta manera permite entender la actualidad de las reivindicaciones indígenas y su estrecha conexión con el devenir del resto de la sociedad, y de paso desechar la idea de que los pueblos indígenas son reminiscencias del pasado destinadas a desaparecer o a ser conservados como piezas de museo.

En este proceso constante de redefinición identitaria -como vemos eminentemente moderno- la conciencia étnica pasó a tener un papel central

¹¹ *Ídem*, pp. 105ss.

¹² Para una interesante aproximación a la relación entre identidad étnica y modernidad ver BARAONA, Miguel, *Ecos cercanos. Los clásicos y la cuestión étnica*, Lom ediciones, Santiago, 2007.

¹³ PEÑA, *op. cit.*, 100. El mismo sentido PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión*, en Revista Derecho y Humanidades, [11], Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, p. 117.

como elemento movilizador de los pueblos indígenas a finales del siglo XX. La pertenencia étnica dejó de ser motivo de vergüenza y el rescate cultural -apoyado en el pasado común- se fue fundiendo con la lucha política, desembocando en la vinculación de la defensa de los territorios y sus recursos como única forma de garantizar la subsistencia como grupo diferenciado¹⁴. Se gestó así, especialmente en el ámbito del derecho internacional un nuevo alcance a la demanda por tierra¹⁵. Esta dejó de ser reivindicada únicamente como medio de producción de vida, y pasó a ser entendida como “*derecho de exclusividad territorial*” en base a la vinculación que estos pueblos tienen con la tierra¹⁶.

Al mismo tiempo, los indígenas exigen el reconocimiento de su carácter de pueblos, y por tanto, su derecho a autodeterminarse, orientando y decidiendo por sí mismos el sentido de su desarrollo y forma de vida, significando autónomamente su actividad. Esta apelación al derecho a la libre determinación, fundada en el derecho fundamental a vivir en su propia cultura, se concreta en la demanda por autonomía y territorio, la que tiene su correlato constitucional en el reconocimiento. Si bien estas exigencias no implican necesariamente la secesión del estado, sí suponen la autogestión de los recursos naturales, económicos y culturales, la autodeterminación política y, eventualmente, una ciudadanía diferenciada¹⁷.

De esta manera, los pueblos indígenas han puesto en jaque dos de los pilares en torno a los cuales se han modelado las naciones americanas en los últimos dos siglos: la propiedad individual sobre la tierra y la tradicional idea del

¹⁴ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, pp. 84s.

¹⁵ BENGOA, José, *La Emergencia Indígena en América Latina*, FCE, 1a edición, 2000, p. 88 y capítulo cuarto.

¹⁶ Nadie discute hoy la importancia fundamental que ésta tiene para los pueblos indígenas y su propia preservación y desarrollo culturalmente diferenciado. Así lo establecen diversos instrumentos internacionales que revisaremos en este trabajo y nuestra propia legislación interna. Incluso organismos como el Banco Mundial han señalado en sus directrices los requisitos para la supervivencia de las poblaciones indígenas. En la famosa directiva 4.11 destacan el reconocimiento de sus derecho territoriales y la autodeterminación entendida como autonomía cultural, social y económica y control de los medios de subsistencia y producción [*Poblaciones Indígenas y Desarrollo* (Banco Mundial) citado en GARCÍA HIERRO, Pedro, *El enfoque territorial para la gobernanza de los pueblos indígenas amazónicos: límites y posibilidades*, **Revista de Asuntos Indígenas**, [4]: 1, IWGIA, 2004, p. 24.]

¹⁷ GRÜNBERG, Georg, *Tierras y Territorios Indígenas en América Central*, **Revista Asuntos Indígenas**, [4]:1, IWGIA, 2004, p. 7.

estado-nación.

Con este trabajo pretendemos contribuir a la discusión en torno a las demandas de los pueblos indígenas, en particular las de territorio y autonomía, y las implicancias que tienen en nuestro ordenamiento constitucional y de paso vislumbrar el cuestionamiento que suponen a la idea del monopolio estatal de lo público.

La respuesta que se da a estas cuestiones se proyecta mucho más allá de las poblaciones indígenas. Tiene sin duda implicancias políticas, en tanto su reconocimiento supone una transferencia de potestades públicas que abre la posibilidad a las comunidades locales organizadas de gobernar sus territorios, redistribuyendo la soberanía desde el Estado hacia la Comuna, y desde ahí -apelando al principio federativo- diseñar las nuevas formulas para ejercer la soberanía popular en un contexto *postnacional* donde la antigua soberanía estatal se vacía de contenido. También porque las condiciones de su posibilidad implican la elaboración práctica de un proyecto de sociedad que aglutine no sólo a los pueblos indígenas, sino que a todos aquellos marginados del poder y sometidos al *tutela* de su derecho a autogobernarse, incluido por cierto, el pueblo chileno.

Para eso dedicaremos una primera parte a revisar brevemente el trato que históricamente el Estado Nacional ha dado a los pueblos originarios de América. Luego analizaremos el sentido y alcance de las demandas indígenas y los fundamentos antropológicos y político-filosóficos que las sustentan. En la tercera parte revisaremos en que medida nuestro sistema jurídico las acoge, incluyendo en el análisis las normas de derecho interno y las de derecho internacional de los derechos humanos ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes en nuestro derecho. En este análisis identificaremos qué elementos presentes en el ordenamiento jurídico permiten construir una plataforma que haga posible su ejercicio. Por último, exponemos las conclusiones que obtenemos de este trabajo con respecto a la necesidad de adecuar nuestro sistema jurídico de modo de poder enfrentar exitosamente el

desafío de avanzar en este nuevo siglo como un país capaz de convivir en la diferencia, profundizando nuestra democracia a través de la reformulación de sus instituciones desde el paradigma de la diversidad.

Antes de comenzar es conveniente hacer cierta armonización conceptual. A lo largo de este trabajo hablamos indistintamente de pueblos indígenas, indígenas y pueblos originarios, refiriéndonos con ello a los grupos que

teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y cultura¹⁸.

Cuando hablamos de etnia o grupo étnico para referirnos a los indígenas lo hacemos en el sentido antropológico del término y no con la pretensión de desconocer su carácter de pueblos en el sentido político del concepto, cuestión que como pretendemos exponer en este trabajo, ya es una realidad establecida en el ámbito de los derechos fundamentales de los indígenas.

¹⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías Nacionales de las NN.UU, Estudio del problema de discriminación contra las poblaciones indígenas, doc., ONU E/CN 4/sub2/1986/add.4, parr., 379. En el mismo sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas Sr. Martínez Cobo (Martínez Cobo 1986/7).

PRIMERA PARTE

LIBERTAD, IGUALDAD Y ASIMILACIÓN: SOBRE EL ESTADO NACIONAL Y LOS INDÍGENAS

1. República, Estado y Nación

El republicanismo liberal procedente del Viejo Mundo recorrió el continente americano durante el siglo XIX. El nuevo discurso proponía una nueva utopía y un camino para alcanzarla: libertad, igualdad y fraternidad a través del *laissez faire* y la igualdad jurídica formal. A partir de ese proceso (casi) todos los individuos eran ciudadanos y concurrían con sus voluntades a la conformación del cuerpo político y con sus habilidades y trabajo a la creación de riqueza¹⁹. Los antiguos estamentos y tratamientos especiales debían ser abolidos, en tanto suprimían al individuo y obstaculizaban la competencia. Los súbditos se convertían en ciudadanos, los artesanos, campesinos e indígenas en proletarios, los jóvenes en conscriptos y los niños en escolares. Con ello desaparecieron las anteriores formas de organización política (feudales en Europa y coloniales en América) y el fundamento de todo sentido colectivo de pertenencia.

¹⁹ No podemos dejar de señalar, aunque sea en esta nota a pie de página, el hecho que el liberalismo, con todo su impulso igualador e integrador, mantuvo al margen del cuerpo político a la mitad de la humanidad: las mujeres. Para ser justos, hay que dejar constancia de que no es una exclusión atribuible intrínsecamente a dicha ideología, sino más bien se explica por su contexto histórico. Lo mismo puede decirse del carácter censitario de la ciudadanía.

El nuevo Estado se abría paso e imponía *una forma específicamente moderna de identidad colectiva*: la nación y su nacionalismo. Esta exigía que cada una de ellas se organizara a partir de un estado independiente *uninacional y monocultural*, el cual se concebía como un agente al servicio del nuevo ciudadano, capaz de racionalizar las funciones de la nueva estructura y de crear un mercado homogéneo al interior de los límites estatales para la consolidación de la ascendente burguesía²⁰. Sin embargo, dicha pretensión *homogenizadora* nunca fue más que ficción del romanticismo²¹. El principio de la nacionalidad -ideado en el siglo XIX por Mazzini como “*una nación, un estado*”; defendido por Lenin a comienzos del siglo XX y aplicado por el presidente estadounidense W. Wilson tras la Gran Guerra- pretendió reordenar el mapa europeo en base a criterios de nacionalidad y lengua, lo cual facilitó el escenario posterior de deportaciones en masa, e incluso el holocausto de Hitler²². Lo propio ocurrió en América Latina donde,

[desde] *la independencia, la nación fue imaginada y construida por las “elites criollas” que se autoproclamaron “el pueblo”. Sin embargo, este pueblo imaginado era homogeneizado y dejó invisible a importantes sectores de la población, como son los indígenas, los esclavos, las mujeres, entre otros.*²³

Por su parte, las modernas naciones europeas se establecieron sobre un sistema de jerarquías étnicas entrelazado con el orden de clase, al igual que sus reflejos americanos²⁴. Estos últimos hicieron suyo el discurso liberal como legitimador de *su proyecto* de modernidad, desplegando su esfuerzo de homogenización cultural fundamentalmente desde el Estado y propagando la

²⁰ “*Nuestra concepción de Estado se ha basado en la existencia de una identidad entre un pueblo, una nación y un Estado unitario, como igualmente en la circunstancia que el hombre es la base de toda estructura estatal y es en quien recaen esencialmente los derechos y libertades, los que son anteriores al Estado*” (RIVERA, Teodoro, *Los Pueblos Indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile*, Documento de trabajo N° 343, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, p. 17)

²¹ HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, , 1989 pp. 89-91.

²² HOBBSBAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Editorial Crítica, 1991, pp. 142ss

²³ GONZÁLEZ P., Claudio y SIMON W., Jeanne, *Ciudadanía Multicultural y Pueblos Indígenas: exclusión e inclusión*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *op. cit.* p. 305.

²⁴ BARAONA, Miguel, *Ecos cercanos...*p. 107.

idea de nación a través de la educación pública, la guerra y el desarraigo que ésta trae consigo²⁵. Como señala el historiador Mario Góngora, *“la nacionalidad chilena ha sido formada por un Estado que ha antecedido a ella”*²⁶.

En este proceso, la elite latinoamericana y su nacionalidad criollo mestiza no requirió admitir la diversidad sociocultural como elemento fundante de las nacientes repúblicas, construyéndose sobre una idea estrecha de lo bueno y legítimo²⁷. Los nuevos Estados *“se fundaron bajo la idea de un poder soberano, único, una sociedad homogénea, compuesta de individuos sometidos a un solo régimen jurídico y por lo mismo con iguales derechos para todos”*²⁸, cuestión que se reflejó también en el ámbito de los derechos humanos. De hecho, a partir de la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano,

*la cultura occidental fruto de la Modernidad y de la Ilustración ha tenido pretensiones de convertir esos derechos humanos surgidos en un determinado contexto en derechos humanos de alcance auténticamente universal...lo que se describe como universal no deja de ser, básicamente, más que el intento de universalizar una concepción particular de los derechos humanos, legítima pero necesariamente particular*²⁹.

Frente a ellos y su idea monolítica de la comunidad organizada y su concepción individualista de los derechos, los pueblos indígenas -que carecían de proyección política- no tuvieron capacidad de negociar su posición en la nueva estructura, con lo que la jerarquía étnica y el orden social quedaron

²⁵ Sobre el impulso estatal de la idea de nación véase ANDRADE, Marco, *La “Constitución nacionalista” de 1980*, en Revista Derecho y Humanidades, [12], Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, pp.213-249, p. 240). Sobre la importancia de la guerra en la construcción de Estado véase GÓNGORA, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, 8ª edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2003.

²⁶ GÓNGORA, Mario, *op.cit.*, p. 7. En este sentido el historiador inglés Eric HOBSBAUWM advierte que *“es más frecuente que las naciones sean la consecuencia de crear un estado que los cimientos de éste. Los Estados Unidos y Australia son ejemplos obvios de estados-nación en los que la totalidad de sus características nacionales y criterios de condición de nación se han instaurado desde finales del siglo XVIII y que, de hecho, no hubieran podido existir antes de la fundación del estado y el país respectivo”* (HOBSBAUWM, Eric, *op. cit.*, pp. 86s.). La **negrita** es nuestra.

²⁷ DÍAZ-POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...*, p. 37ss.

²⁸ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomías Indígenas en América Latina: de la demanda de reconocimiento a su construcción*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 427.

²⁹ GÓMEZ ISA, Felipe, *op. cit.*, p. 129.

intactos, cambiando únicamente su discurso legitimante. Este proceso -que en Europa fue precedido por la generalización de las relaciones mercantiles y culminado con la Revolución y la codificación legal- en esta parte de América fue un producto forzado desde el naciente Estado-Nación, que no fue acompañado de una burguesía consolidada. De hecho “se logró un liberalismo-republicano sin burguesía y sin capitalismo”³⁰. El nuevo discurso legitimante -republicano primero y democrático después- fue capaz de mantener las dinámicas coloniales en el trato político a los pueblos indígenas en América³¹, sin perjuicio de sus proyecciones utópicas³².

De esta manera, los pueblos originarios pasaron a ser considerados por las elites y su *intelligentsia* como obstáculos a la integración nacional y al progreso³³.

*La índole fundamental de los pueblos hispanoamericanos estaba marcada, a juicio de Bello, por el sello de lo hispánico. Ningún aporte esencial se había recibido de los pueblos indígenas: más bien estos estaban destinados a desaparecer como cultura*³⁴.

En éste sentido, los indígenas -como odiosa herencia de la colonia y sus castas- debían ser asimilados e incorporarse plenamente en la vida nacional como cualquier otro habitante del territorio. Estos no podían seguir siendo objeto de las protecciones, ahora vistas como rémoras del antiguo régimen y obstáculos al proyecto nacional de progreso, ya que el individuo era esencialmente autónomo y debía elegir libremente, tanto en su vida política como privada³⁵.

³⁰ JOCELYN-HOLT, *La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito*, Editorial Planeta/Ariel, Santiago de Chile, 3a edición, 2001, p. 241.

³¹ MARTÍNEZ, Asier, *Los Pueblos Indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.*, 2006, p. 95

³² JOCELYN-HOLT, Alfredo, *op. cit.*, p., 239.

³³ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p. 28.

³⁴ CORREA, Sofía, *La concepción historiográfica de Andrés Bello como forma de acercamiento a la realidad americana*, citado en ANDRADE, Marco, *op. cit.*, p. 241.

³⁵ De hecho O'higgins, en un bando Supremo dictado en 1819 señalaba con toda claridad que “*el sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de nuestra especie [refiriéndose a los indígenas] continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos y libres como los demás habitantes del Estado...*”. Citado en BENGGOA, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 2000, p. 179ss. Sobre la historia del tratamiento legislativo a los pueblos originarios desde

El discurso igualitario inmanente al republicanismo justificó la negación de lo indígena en las nacientes repúblicas al ocultar la situación de desigualdad material en que las mayorías se encontraban frente a las minorías portadoras de esta nueva legitimación del poder. De hecho, los indígenas que habitaban el territorio de la República, quedaron *formalmente* marginados del cuerpo político por el carácter censitario del voto y su restricción para los analfabetos. Por su parte, aquellos que vivían en sus territorios autónomos³⁶ -como los *mapuche* al sur del Bío Bío- fueron *materialmente* amenazados por la *idea de progreso* del liberalismo y su variante antropológica, el *evolucionismo*, que anunciaba el avance inexorable de la civilización (occidental y capitalista) sobre la barbarie (indígena y colonial), justificando de esta manera la expansión sobre los territorios periféricos³⁷⁻³⁸.

Esta comprensión de la modernidad capitalista como una etapa superior del desarrollo social de la humanidad y que por lo mismo presentaba las identidades étnicas como rémoras del pasado destinadas a desaparecer no se limitó a fundar las prácticas políticas de las elites decimonónicas, sino, como veremos, subyace al indigenismo de las políticas públicas desplegadas durante el siglo XX³⁹.

la fundación de la República, puede consultarse con provecho VALENZUELA REYES, Mylene, *La política indígena del estado chileno y la legislación mapuche*, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992 (actualizada al 2002), 235h.

³⁶ Bartolomé CLAVERO sostiene que era “*indígena entonces la inmensa mayoría que por regla general no sólo mantenía lenguas y culturas propias, modos propios de comunicación y convivencia, sino también un notable control del territorio y los recursos. Formaban pueblos y comunidades que en parte se habían mantenido independientes del colonialismo europeo, inclusive del español, y que en ningún caso se habían dejado someter enteramente. Los únicos pueblos indígenas realmente dominados eran los extinguidos, también bastantes*” (CLAVERO, Bartolomé, *Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.*, p. 313).

³⁷ DÍAZ-POLANCO, Héctor, *La Cuestión Étnico Nacional*, 2ª edición, México, Editorial Fontamara, 1998, p. 38.

³⁸ La segunda mitad del siglo XIX fue el tiempo de expansión territorial del Estado chileno. Ahí se anexaron los territorios al norte de Copiapó (1879), habitados por los indígenas atacameños, aymará, collas y quechuas; al sur del Bío Bío (1883), habitados por los *mapuche* y la ultramarina Isla de Pascua *Te pito o te henua* (1888), habitada por los poinésicos *rapanui*.

³⁹ Toda práctica política moderna tiende a justificar su acción científicamente. Por ello es relevante remarcar que la teoría social clásica -desde Comte hasta Weber, pasando por Marx y Durkheim- pese a sus a veces radicales diferencias, se funda sobre la identificación entre industrialización occidental y modernidad (BARAONA, *Ecos cercanos...*, pp. 192s).

La pretensión uniformadora y racionalizadora del Estado Moderno encontrará su paradigma en la promulgación del Código Civil⁴⁰, cuya visión sobre la propiedad y sus formas de posesión se impondrá sobre los territorios indígenas que se irán anexando en el transcurso del siglo XIX⁴¹, al igual que sus normas relativas al derecho de familia, la sucesión por causa de muerte y las obligaciones. Así, para acceder a la igualdad de derechos (libertad, igualdad y propiedad), los indígenas debían *renunciar* a sus derechos (autonomía, territorios, propiedad comunal)⁴². Sin embargo, la fuerza de la realidad obligó, ya en 1821, al Supremo Gobierno de la República a dictar una ley especial -a la que seguirán otras tantas las siguientes dos centurias- sobre tierras de indígenas, procedimientos de venta y declaración relativa a los terrenos que deberían quedar a perpetuidad en poder de los indios, lo que da cuenta de las tensiones en torno a la propiedad de la tierra que marcaran la relación con los pueblos indígenas hasta nuestros días⁴³.

⁴⁰ En el 1 de enero del año 1857 entró en vigencia el Código Civil chileno (CC) que derogaba orgánicamente todas las leyes preexistentes sobre las materias tratadas en él. Con él se instauró el sistema de posesión inscrita de los bienes raíces, que establecía que la tradición de los bienes raíces se verificaba mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces (art. 686 CC), la que otorgaba la posesión del bien (art. 724 CC). Dicha inscripción constituía -mediante el transcurso de un año ininterrumpido- prueba indestructible de posesión (924). Con la anexión formal (1866) y militar (1883) del territorio *mapuche* al sur del Bío Bío, el Estado declaró como baldías -y por tanto fiscales (art. 590 CC)- las tierras del sur en manos de indígenas *mapuche* que no pudiesen probar una posesión efectiva y continuada de un año sobre dichas tierras, de acuerdo a lo establecido por Código Civil, o sea, “ *por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificaciones, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento de quien disputa la posesión*” (artículo 925). Obviamente, esta forma de posesión estaba lejos del concepto de posesión y dominio que los indígenas ejercían en sus territorios al momento de la invasión chilena.

A lo largo de la vida republicana, leyes especiales para indígenas -incluida la aludida de 1866, reconocieron la comunidad indígena y su sistema de propiedad comunal sobre la tierra, el trabajo familiar y la colaboración mutua. Sin embargo, y en forma coherente con el proyecto *homogeneizador* de las elites, fomentaron la terminación de la comunidad, convirtiendo su propiedad en individual y sujetándola a las normas de la legislación común, con la consiguiente liquidación de sus formas tradicionales de vida (VALENZUELA, Myriam, *op. cit.*, pp. 14-43).

⁴¹ La primera pretensión de anexión del territorio *mapuche* al sur del Bío Bío por el Estado de Chile es tan temprana como su primera Constitución (1823). En ella, en su artículo 4º se establecía que “[e]l territorio de Chile **comprende de norte a sur, desde el Cabo de Hornos hasta el despoblado de Atacama**; y de oriente a poniente, desde las cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, con todas las islas adyacentes, incluso el archipiélago de Chiloé, las de Juan Fernández, Mocha y Santa María”. Sin embargo, sólo dos años después, el Estado de Chile y los principales líderes *mapuche* firmaron el Parlamento de Tapihue, en que se reafirmó la tradicional frontera constituída por el río Bío Bío, entre el Estado de Chile y el Wallmapu (CLAVERO, Bartolomé, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Ladinias*, consultado en línea el 5 de enero de 2009 en www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf). La ocupación real del territorio sólo se verificó en la a partir de la segunda mitad del siglo XIX, primero en forma pacífica y luego militarmente (1881-1883). Ver bibliografía recomendada en nota al pie más adelante.

⁴² CLAVERO, Bartolomé, *Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas...*, p. 318.

⁴³ VALENZUELA REYES, Mylene, *op.cit.*, p 13.

Al excluir a los pueblos indígenas, el proyecto republicano de la elite alimentó una nacionalidad en la que ni la *memoria común* ni el *consentimiento* - al decir de Renan- podían jugar papel alguno⁴⁴. De paso, socavó en la *larga duración*, el *contrato social* como respuesta moderna a la necesidad de pertenencia colectiva que ya no quedaba satisfecha mediante los *lazos naturales* de la nación *premoderna*⁴⁵, máxime cuando en Europa la revolución había cobrado la cabeza del rey⁴⁶.

2. La Revolución y su indigenismo

Con la llegada del siglo XX estalló la Revolución mexicana. Esta cuestionó fuertemente la pretensión decimonónica de alcanzar la utopía liberal mediante la sola acción del mercado y la abstinencia estatal. Además vino aparejada con una fuerte revalorización de las *raíces* indígenas de la nación mexicana, contestando así al *eurocentrismo* del siglo anterior. En este sentido la Revolución pretendió terminar con las políticas *asimilacionistas* del *evolucionismo*, y dio paso al nacimiento del *indigenismo*⁴⁷. Éste pretendía la integración no colonial de los indígenas a la sociedad nacional respetando su especificidad, mediante una fuerte intervención estatal.

⁴⁴ RENAN, Ernest, *¿Qué es la Nación?*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

⁴⁵ ROJO, Grinor, *op. cit.* pp. 56-59. Habermas volverá sobre este punto al proponer su *patriotismo de la constitución* como fórmula identitaria que aleje los riesgos de una pertenencia basada en rasgos raciales o lingüísticos en el contexto postnacional (lo propone en la coyuntura de la reunificación alemana y lo reafirma ante la realidad multicultural europea). Para ello se requiere una comunidad política de ciudadanos conscientes que se identifiquen con su Constitución y sus fines declarados, un espacio público libre de intervenciones para la deliberación ciudadana y una administración del Estado que acate sus decisiones (HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*). La propuesta es válida también para América, donde el *multiculturalismo* es también una realidad, aunque no tanto por la inmigración -que desde sus inicios hace más de 500 años a puesto a los colonizadores en la cúspide de las sociedades establecidas en el continente- como por los pueblos originarios, que quedaron debajo de ellos como *colonizados*. Por su parte HOBSBAUWM hace notar que la idea jacobina de nación-pueblo estaba justamente vinculado a la idea de ciudadanía y no a elementos lingüísticos, culturales o históricos (HOBSBAUWM, Eric, *op. Cit.*, pp. 96s)

⁴⁶ HOBSBAUWM, Eric, *op. Cit.*, p. 93.

⁴⁷ Cabe señalar que en el primer tercio del siglo XX el Partido Comunista Mexicano, a partir del corpus teórico *marxista-leninista* defendió una solución pluralista a la heterogeneidad étnica del país, fundados en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indios para elegir sus propias autoridades y regir su propios destino (SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p 33).

Para fundamentar su acción los indigenistas agregaron a los postulados del *relativismo cultural* estadounidense -que valoraba a cada cultura a partir de su propio contexto y no del marco de la civilización occidental- un principio de justicia social. Con esto terminaron por contradecir su *antievolucionismo* inicial, aceptando implícitamente que la forma de alcanzar dicha justicia social, era justamente integrándose y aceptando los elementos esenciales a la sociedad occidental, sin perjuicio de poder mantener ciertos rasgos de sus culturas originarias. La definición acerca de qué elementos eran valiosos para su conservación era por cierto establecido por el Estado, y no por los pueblos indígenas que se pretendían integrar a la sociedad nacional. AGUIRRE BELTRÁN -uno de fundadores del indigenismo- señala enfáticamente que “[e]l indigenismo no es una política formulada por los indios para la solución de sus propios problemas sino la de los no-indios respecto a los grupos étnicos heterogéneos que reciben la general designación de indígenas⁴⁸” y agrega el carácter inevitable del proceso de asimilación de los grupos heterogéneos “por uno de ellos que adquiere el carácter de nacionalidad dominante⁴⁹”. Alfonso CASO -director del Instituto Indigenista Interamericano por más de dos décadas- señalaba que “la acción indigenista consistía en ‘una aculturación planificada por el Gobierno Mexicano’, con el propósito de colocar al indígena en el camino del progreso y de su integración”⁵⁰. Por ello el *integracionismo* ha sido denunciado como “una versión más elaborada, de la vieja y tradicional política asimilacionista que ha implementado el sistema capitalista”⁵¹.

Bajo su influjo, diversas constituciones del continente procedieron a dar protección especial a las comunidades indígenas (Bolivia en 1938 y Panamá en 1946) y a la propiedad comunal indígena (Perú en 1920 y Ecuador y Guatemala en 1945)⁵². Sin embargo, en Chile el indigenismo tardaría varias décadas en

⁴⁸ DÍAZ-POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...*, al pie p. 94.

⁴⁹ *Ídem*, p. 430. El eminente antropólogo indigenista, ante la exigencia de los Tarahumara en torno a que se diera reconocimiento legal a su Concejo Supremo, señaló que aquello constituiría “un retroceso en la evolución política de la nación” (SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p. 49). Por su parte, GAMIO veía en la fusión cultural, la unificación lingüística y el equilibrio económico la única forma de formar “una nacionalidad coherente y definida y una verdadera patria de dichas poblaciones” (MARZAL, Manuel, *Historia de la antropología indigenista. Volumen I. México y Perú*, 4ª edición, Lima, 1989, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 409)

⁵⁰ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p. 42.

⁵¹ DÍAZ-POLANCO, Héctor, en *La cuestión étnico...*, p. 42 y 128.

⁵² CLAVERO, Bartolomé, *Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas...*, p. 323s.

influir las políticas de Estado, y lo hará sólo para regular las tierras *mapuche*. De hecho, tras poner fin a la radicación de las comunidades mediante la entrega de títulos comunitarios a los jefes de familia (títulos de merced) en 1930, las políticas de asimilación se desplegaron en torno a dos ejes. Por un lado se buscaba resolver el problema de la pobreza en que habían quedado los indígenas *reducidos* mediante el incremento de la productividad de la tierra. Por otro, se pretendía la liquidación de las comunidades *mapuche* que el mismo Estado había fundado en las décadas anteriores, pues eran consideradas un obstáculo para la libre circulación de los bienes y por tanto para el progreso. Como señala Mylene Valenzuela,

[l]a cuestión indígena permaneció en términos generales sin ninguna modificación estructural importante durante la vigencia del DL. No 4.111 (1931-1960) El problema indígena siguió quedando restringido a la terratenencia y a la búsqueda de la liquidación de las comunidades...se intenta resolver el problema indígena a través de la racionalización agrícola productiva dentro del límite máximo impuesto por la necesidad de liquidar las comunidades indígenas⁵³ (sic).

Sólo con la promulgación de la ley 14511 en 1960 comenzó a evidenciarse una postura indigenista, en cuanto ésta, mediante la reestructuración de los Tribunales de Indios, la protección de la persona y propiedad Indígena, y ciertas medidas de orden económico (acceso a crédito) y cultural (instalación de escuelas al interior de las reducciones) buscaba,

la incorporación de las indígenas al régimen jurídico común dentro de un "proceso de adaptación"... sin violentar su progreso con medidas coercitivas que forzarán su desarrollo. El "proceso de asistencia" de que hablaba el proyecto, debía ser llevado a cabo por la Dirección de Asuntos Indígenas, cuya labor era propender eficazmente, al desarrollo de las comunidades en el orden cultural y económico⁵⁴.

En la segunda mitad del siglo, durante los años 60's y 70's, el indigenismo crítico, sostenía que los grupos indígenas debían pasar de una situación de castas, propia de la época colonial, a otra normada por relaciones

⁵³ *Op. cit.*, pp. 64s.

⁵⁴ *Ídem*, p. 70.

de clase. Suponían que al ingresar a la clase proletaria, estarían en una posición más ventajosa, pues pasarían a formar parte de la clase revolucionaria, cuya emancipación crearía la nueva sociedad⁵⁵. El propio AGUIRRE BELTRÁN sostendría que la transformación económica de las comunidades indígenas desde la subsistencia a la salarización constituía “*un paso en el progreso de México*”⁵⁶.

Los pueblos indígenas, especialmente los de América Central y del Sur, adoptaron esta nueva estrategia, que se volvía hegemónica en los países subdesarrollados, apuntando con ello a obtener la restitución de sus tierras y acceder a un futuro mejor. De hecho en Chile, el gobierno de la Unidad Popular impulsó la promulgación de la ley 17.729, que buscaba dar cabida a la reclamación territorial indígena en el marco de la reforma agraria y “*llevar a cabo una política de desarrollo integral para los Indígenas, procurando su integración a la comunidad nacional, considerando su idiosincrasia y respetando sus costumbres*”⁵⁷ a través del Instituto de Desarrollo Indígena, evidentemente influenciado por el Instituto Nacional Indigenista mexicano .

Contemporáneos a ellos, y también críticos del indigenismo tradicional, aparecieron los *eticistas*, que promovieron la creación de un proyecto étnico propio de los pueblos indígenas, marcadamente *culturalista* y radicalmente separado de cualquier proyecto nacional *contrahegemónico*, fundados en un *etnocentrismo invertido* -que oponía lo indígena a lo occidental, y en una supuesta esencia étnica inmutable⁵⁸.

El retroceso del proyecto socialista a nivel mundial y latinoamericano a partir del derrocamiento de la Unidad Popular en Chile (1973) y culminado con la derrota del *sandinismo* en Nicaragua (1990), impactó fuertemente sobre los que habían apostado por la estrategia clasista. Sin embargo, en éste último

⁵⁵ DÍAZ-POLANCO, Héctor, en *La cuestión étnico...*, p. 53

⁵⁶ MARZAL, Manuel, *Historia de la...*, p. 430.

⁵⁷ VALENZUELA, Mylene, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁸ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional...*, pp. 100ss; SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.* p. 92

proceso revolucionario, el movimiento indígena logró desembarazarse del paradigma *integracionista* y de su *contracara etnicista*, conquistando el primer estatuto autonómico de la América Indolatina, lo que se irá perfilando como la reivindicación central del nuevo movimiento indígena⁵⁹.

3. El nuevo movimiento indígena: territorio y autonomía

La década de los 90's estuvo marcada por la respuesta indígena a los festejos estatales por el quinto centenario del *descubrimiento de América*. A partir de la *Campaña Continental 500 años de Resistencia Indígena, Negra y Popular*, con epicentro en Ecuador, los pueblos indígenas del continente rechazaron celebración del acontecimiento señalando que “*los pueblos, nacionalidades y naciones indias estamos dando una respuesta combativa y comprometida para rechazar esta 'celebración', basada en nuestra identidad, la que debe conducirnos a una liberación definitiva*”⁶⁰. Así mismo denunciaron “*las políticas parciales de tipo integracionista, etnodesarrollista y otras prácticas aplicadas por los entes gubernamentales*” y anunciaron que “*es necesaria una transformación integral y a fondo del Estado y la sociedad nacional; es decir, la creación de una nueva nación*”.

En otras palabras, ya no bastaban las protecciones constitucionales que algunos países del continente habían dado a las comunidades indígenas y, en ciertos casos, a sus tierras comunitarias durante la primera mitad del siglo XX.

⁵⁹ Ambos gobiernos tuvieron atención especial sobre la cuestión indígena desde paradigmas diferentes, lo que se explica por los 15 años que separan el clímax de ambos procesos revolucionarios. La *Unidad Popular* en Chile, dictó la Ley de Desarrollo Indígena N° 17.729, todavía bajo el influjo del *integracionismo*, que fue la primera generada con participación de organizaciones indígenas. Ésta consideraba la restitución de tierras de acuerdo a los planos originales de los Títulos de Merced entregados por el Estado tras la invasión al territorio *mapuche* a fines del siglo XIX y las declaraban inalienables. El gobierno de la *Revolución Popular Sandinista* reconoció la autonomía de los territorios de los indígenas de la Costa Atlántica, constituyéndose como el primer Estado de América Latina en reconocer este derecho a los pueblos originarios, marcando el inicio de una nueva etapa en la lucha de los movimientos indígenas.

⁶⁰ Todas las citas que vienen a continuación provienen de la Declaración de Quito, emanada del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios, celebrada en Quito entre el 17 y 21 de julio de 1990. Su texto puede consultarse en línea en [http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php]. El **destacado** es nuestro.

Ahora de lo que se trataba era de incidir en los incipientes procesos democratizadores en la región para alcanzar su reconocimiento constitucional como pueblos autónomos, aunque integrantes de las sociedades nacionales y solidarios con el resto de los sectores marginados. Se configuraba así el *reconocimiento constitucional de los pueblos y sus derechos* como la primera estación de este nuevo horizonte de reivindicación indígena. Al mismo tiempo, los movimientos indígenas establecían que el reconocimiento de sus derechos territoriales era “*una demanda fundamental de los pueblos indígenas del continente*” y fueron más allá al proponer un nuevo horizonte político para sus pueblos:

La lucha de nuestros pueblos ha adquirido una nueva cualidad en los últimos tiempos. Esta lucha es cada vez menos aislada y más organizada.

*Ahora estamos plenamente conscientes de que nuestra liberación definitiva se puede expresarse como **pleno ejercicio de nuestra autodeterminación...***

*Debemos garantizar las condiciones necesarias que permitan su ejercicio pleno; y este debe expresarse, a su vez como plena autonomía para nuestro pueblos. **Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios no puede existir autonomía.***

*Lograr este objetivo es tarea principal de los pueblos indios, sin embargo, a través de nuestras luchas, hemos aprendido que nuestros problemas no son distintos en muchos aspectos de los de otros sectores populares; por lo tanto, estamos convencidos de que **tenemos que marchar junto a los campesinos, los obreros, a los sectores marginados, junto a los intelectuales comprometidos con nuestra causa, para destruir el sistema dominante y opresor y construir una nueva sociedad, pluralista democrática y humana, en donde se garantice la paz.**(sic)⁶¹*

La fuerza del movimiento indígena y la legitimidad de sus aspiraciones, se mostró en la redacción de las nuevas constituciones de América, especialmente las del *mundo andino*⁶². La Constitución Colombiana de 1991 fue

⁶¹ *Ídem.*

⁶² Circunscribimos el fenómeno a la América Andina porque si bien la Constitución brasileña de 1989 hizo varias menciones a los indígenas, no les reconoció su carácter de pueblos. De hecho, se mantuvo dentro del paradigma integracionista al negarles derechos políticos y aludir todavía a un “*proceso civilizatorio nacional*”. Entre aquellos encontramos la reserva legal para la Unión en materia de “*poblaciones indígenas*”(art. 22.XIV); Reserva legal para autorizar la explotación de recursos naturales en “*tierras indígenas*” (art. 49.XVI); competencia exclusiva de los jueces federales sobre los

la primera que recogió seriamente las reivindicaciones indígenas al comenzar estableciendo como bien jurídico constitucionalmente jurídico la “*diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”⁶³. Además fue pionera al establecer cupos supranumerarios especiales para representantes indígenas en el Poder legislativo⁶⁴; reconoció la jurisdicción especial indígena limitada por “*la Constitución y leyes de la República*”; otorgó rango de entidad territorial a los territorios indígenas cuya delimitación debía hacerse con “*participación de los representantes de las comunidades indígenas*”⁶⁵; y determinó el carácter colectivo e inenajenable de los resguardos indígenas⁶⁶. La Carta Magna colombiana además fue la primera del continente en reconocer un estatuto autonómico para comunidades indígenas. Así el artículo 330 señalaba que:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones...⁶⁷

En términos similares, la Constitución peruana de 1993 reconoció el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y protegió “*la pluralidad*

“*conflictos indígenas*” (109.XI); función del Ministerio Público de defender judicialmente los derechos e intereses de las “*población indígena*” (art. 129.V); remisión a la ley para otorgar concesiones mineras en “*tierras indígenas*” (art. 179); la garantía para las “*comunidades indígenas*” de impartir la enseñanza básica en lengua indígena materna y por sus propios métodos (art. 210.2). Por su parte, el artículo 215.1 dice textualmente que “[o] *Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*”.

⁶³ Artículo 7° CPR de Colombia (1991).

⁶⁴ El art. 171 de la CPR de Colombia comienza señalando que “[e]l Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de **dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas**”. Agregó que los candidatos debían haber “*ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena*”. La **negrita** es nuestra.

⁶⁵ Art. 246 y 286 de la CPR de Colombia respectivamente.

⁶⁶ Art. 329 de la CPR de Colombia.

⁶⁷ Éstas son: 1. *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios*; 2. *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo*; 3. *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución*; 4. *Percibir y distribuir sus recursos*; 5. *Velar por la preservación de los recursos naturales*; 6. *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio*; 7. *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional*; 8. *Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren*; y 9. *Las que les señalen la Constitución y la ley. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”.

*étnica y cultural de la Nación*⁶⁸. Dio existencia legal a las Comunidades Campesinas y las Nativas y estableció que “[s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”⁶⁹. Declaró también la imprescriptibilidad de la propiedad indígena sobre la tierra y reconoció derechos jurisdiccionales a las comunidades indígenas y campesinas en su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violaren los derechos fundamentales de las personas⁷⁰.

En 1994 la convulsionada Bolivia hizo importantes reformas a su Constitución de 1967, reconociendo el evidente carácter multiétnico y pluricultural de la República⁷¹. Lo mismo hizo con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras comunitarias y la administración y jurisdicción de las autoridades indígenas y campesinas en sus territorios siempre que no fueran contrarios a la Constitución y las leyes⁷². La Constitución de 1995 mantuvo estas reformas y les reconoció personalidad jurídica a las comunidades indígenas y campesinas.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana de 1998 también significó importantes avances. Junto con reconocer el carácter multiétnico y pluricultural del Estado, elevó a las lenguas nativas a la categoría de idioma oficial “*para los pueblos indígenas*”⁷³. Así mismo, dedicó un capítulo completo a los derechos colectivos encabezado por los derechos “*de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos*”. Reconoció entre otros, el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras ancestrales (salvo expropiación); el derecho a “*participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras*”; el derecho a la consulta sobre planes de explotación de bienes no renovables y a la participación en el beneficio y a

⁶⁸ Art. 2.19 CPR de Perú.

⁶⁹ Art. 89 de Perú (1993)

⁷⁰ Art. 149° CPR de Perú (1993)

⁷¹ Art. 1° CPR de Bolivia (1967 reformada)

⁷² Artículo 171° CPR de Bolivia (1967 reformada)

⁷³ Art. 1° CPR de Ecuador (1998)

recibir indemnizaciones por los perjuicios que les reporten; a no ser desplazados (sin excepciones); a acceder a una educación intercultural bilingüe de calidad; y a *“formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado”*⁷⁴. Así mismo, la Constitución reconoció la jurisdicción indígena, limitada por la Constitución y las leyes⁷⁵. Siguiendo el ejemplo Colombiano dio rango constitucional a las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, a los cuales dio gobiernos seccionales autónomos, junto con las demás unidades administrativas del Estado⁷⁶. La innovación aportada por esta Constitución fue que estableció que uno de los nueve miembros del Tribunal Constitucional debía ser elegido por el Congreso Nacional de una terna presentada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas⁷⁷.

En Chile, en 1989 se firmaron los Acuerdos de Nueva Imperial entre el candidato a la presidencia por la Concertación de Partidos por la Democracia Patricio Aylwin Azócar y representantes de las principales organizaciones indígenas. En éste, el dirigente demócratacristiano se comprometió a legislar en torno a las tres demandas principales del movimiento indígena: reconocimiento, participación y tierra. Para esto, se consagraría *“el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”*⁷⁸; se ratificaría el Convenio N° 169 de la OIT; y se dictaría una ley indígena en que se les reconocerían sus derechos territoriales y crearía una nueva institucionalidad indígena. A cambio, el movimiento indígena apoyaría su candidatura presidencial y se comprometía a no utilizar las *vías de facto* para la reivindicación de sus derechos⁷⁹. Sin

⁷⁴ Art. 84° CPR de Ecuador (1998)

⁷⁵ Art. 171 CPR de Ecuador (1998)

⁷⁶ Art. 224 y 228 CPR de Ecuador (1998)

⁷⁷ Art. 275 CPR de Ecuador (1998)

⁷⁸ ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL, citado en CARTA DE RESPUESTA AL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (GINEBRA) DEL DELEGADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS, 12 de mayo de 2009, p. 4.

⁷⁹ El acuerdo fue suscrito por las principales organizaciones indígenas salvo el recién creado *Aukiñ*

embargo, la oposición, *sobre-representada* en el Congreso gracias al sistema *binominal*, detuvo los avances más importantes en esta materia, lográndose únicamente la aprobación de la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253 en 1993, con varias modificaciones respecto del proyecto acordado por la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, lo cual contribuirá a generar el descontento indígena que estallará cuatro años más tarde en Lumaco⁸⁰.

En el otro extremo del continente, el levantamiento armado de los indígenas chiapanecos en el sur de México el 1 de enero de 1994, el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA por su nombre en inglés), puso en evidencia la tensión existente entre los derechos exigidos -especialmente los territoriales y autonómicos- y la *globalización económica neoliberal*, respaldada paradójicamente por los mismos Estados que decían reconocer los derechos indígenas.

La reacción armada del gobierno mexicano, que debió morigerarse por la presión internacional dio paso al diálogo con los insurgentes. Los indígenas rechazaron el primer ofrecimiento gubernamental tras los diálogos de la Catedral de San Cristóbal de Las Casas por un 97,88% de acuerdo a lo comunicado por el EZLN⁸¹. En agosto del mismo año, los *neozapatistas* convocaron a una Convención Nacional Democrática para establecer las bases de un gobierno de transición a la democracia. De ahí surgió la Comisión Nacional Indígena y la estrategia de los *Aguascalientes*, como espacios de encuentro político y cultural con otros sectores de la sociedad civil mexicana, lo

Wallmapu Ngulam (Concejo de Todas las Tierras) liderado por el *werken* Aukan Huilcaman, quien lo denunció como un nuevo intento de asimilación y cooptación del movimiento indígena por parte del Estado chileno. De hecho, en 1991 el *Aukiñ Wallmapu Ngulam* llevó a cabo tomas de tierras ancestrales y en 1992 hizo ocupaciones simbólicas. Estos hechos le valieron la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado y la condena de 144 mapuche a la pérdida de sus derechos políticos.

⁸⁰ El 1 de diciembre de 1997 irrumpió la Coordinadora de Comunidades en Conflicto de Arauko-Malleko (CAM) con la quema de cuatro camiones de empresas forestales asentadas en zonas reivindicadas como territorio ancestral por las comunidades mapuche. Esto sucedía paralelamente al conflicto por la instalación de la Central Hidroeléctrica de Ralco en territorio *mapuche-pewenche*, donde el gobierno de Frei Ruiz-Tagle priorizó la aplicación de la legislación eléctrica por sobre la de desarrollo indígena, para lo cual debió reordenar la institucionalidad indígena en dos ocasiones. Ambos acontecimientos marcan el fin del Pacto de Nueva Imperial y el comienzo de un nuevo ciclo en el conflicto entre el Estado de Chile y el Pueblo Mapuche vigente hasta la actualidad

⁸¹ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p. 183

que reafirmó la legitimidad de la aspiración indígena a la autonomía regional⁸². Tras su disolución -provocada por la alerta roja que decretó el EZLN motivado por las incursiones militares del ejército mexicano en los territorios que controlaban- comenzó la elaboración de propuestas concretas de autonomía indígena, que incluyeron el control indígena sobre sus recursos naturales⁸³. Al mismo tiempo se anunció la creación de regiones autónomas *de facto* en el Estado de Chiapas⁸⁴.

En febrero de 1995, el Presidente mexicano Ernesto Zedillo ordenó una nueva ofensiva militar en territorio zapatista, la cual se vio obligado a suspender por las presiones de la sociedad civil y de la opinión pública mundial. A partir de esto, comenzaron a sentarse las bases para reiniciar el diálogo. En el primer documento de síntesis de los grupos de trabajo se reconoció -incluso por los delegados indígenas invitados por el gobierno- que el camino para un nuevo trato del Estado mexicano con los indígenas era justamente la autonomía, cuyos elementos constitutivos eran la base territorial y jurisdiccional; el auto-gobierno y las competencias de los entes autónomos⁸⁵. En febrero de 1996, se firmaron los *Acuerdos de San Andrés* que fueron catalogados por el EZLN como el piso mínimo para el ejercicio de sus derechos⁸⁶. En ellos el gobierno se comprometió -entre otras cosas- a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la autonomía; el pluralismo jurídico; el derecho a la consulta y participación en los asuntos que les afecten; el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios, incluidos sus recursos naturales. Pese al enorme avance que esto significó, a la postre, los *Acuerdos* fueron desconocidos y el Ejecutivo envió un proyecto de reforma constitucional inconsulto, desoyendo incluso a la Comisión de Concordia y Pacificación, compuesta por congresistas de todos los partidos⁸⁷.

Al igual que en México, al sur de Chile la implementación de la teoría neoliberal de las *ventajas comparativas* privaba a los indígenas de sus

⁸² SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, pp. 193ss.

⁸³ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, pp. 197s.

⁸⁴ *Ídem*, p. 193.

⁸⁵ *Ídem*, pp. 210-213

⁸⁶ *Ídem*, p. 205.

⁸⁷ *Ídem*, pp. 227ss.

derechos colectivos. En el norte del país la actividad minera vedaba a las comunidades indígenas del acceso libre a sus fuentes de agua⁸⁸. La insaciable expansión forestal, en territorio ancestral mapuche generaba dramáticos efectos para la sobrevivencia de las comunidades. Más al sur, comenzaba la instalación de la industria salmonera que en la década siguiente hará colapsar los territorios huilliche. Al mismo tiempo la construcción de la Central Hidroeléctrica Ralco y la intervención de CONADI por parte del Ejecutivo para llevarla a cabo dejó en evidencia el agotamiento del Pacto de Nueva Imperial y el carácter subordinado al modelo económico de la voluntad de reconocimiento del Estado chileno hacia los pueblos originarios. En este contexto se reiniciaron procesos de recuperación de tierras *de facto* y a la consiguiente represión estatal a las comunidades mapuche movilizadas, lo que llevaría a la muerte de comuneros y la cuestionada aplicación de la Ley Antiterrorista contra dirigentes y activistas mapuche y sus simpatizantes⁸⁹.

La lucha indígena también avanzó en el ámbito del derecho internacional. En 1989 se acordó el Convenio 169 de la Organización del Trabajo, que como veremos, fue el primer instrumentos internacional que estableció derechos colectivos para los indígenas en tanto pueblos. A comienzos de la década de los 90's continuaron los trabajos para elaborar sendas declaraciones de derechos de pueblos indígenas cuyo objetivo fue alcanzado con la aprobación de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas por abrumadora mayoría en su Asamblea General de septiembre de 2007. Por su parte, diversos órganos de Naciones Unidas comenzaron a vincular el derecho de los pueblos indígenas a seguir existiendo y desarrollarse como tales con los derechos individuales

⁸⁸ El tema ha sido tratado en profundidad por YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Santiago, Lom, 2008.

⁸⁹ Sobre esta cuestión ver Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones finales al Informe de Chile, Doc. ONU: CCPR/C/CHL/CO/5 (26 de marzo de 2007); HUMAN RIGHTS WATCH, *Indebido proceso, los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los Mapuche en el sur de Chile*, [en línea], formato html, disponible en internet [<http://www.hrw.org/es/node/11930/section/1>], 2004; FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Chile. La otra transición chilena: derechos del pueblo mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático*, misión internacional de investigación, [en línea], formato pdf, N° 445-3, abril de 2006 disponible en internet en [<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20070118220719>]

internacionalmente reconocidos, particularmente el derecho de minorías⁹⁰. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos se consolidó una jurisprudencia evolutiva que acogió en el seno del sistema regional las aspiraciones de los Pueblos Indígenas, la cual revisaremos en profundidad a lo largo de este trabajo.

Mientras tanto, en Ecuador (2008) y Bolivia (2009) el poder constituyente daba luz a nuevas constituciones que contienen los elementos más avanzados en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y constituyen la cristalización de sus más altas aspiraciones. En ellas se reafirmó el carácter intercultural, plurinacional de sus respectivos Estados⁹¹ a través de diversas instituciones como el establecimiento de las lenguas originarias como idiomas oficiales⁹², el uso del concepto indígenas para describir los derechos individuales y de los pueblos, el bien común y el derecho al desarrollo (vg. *sumak kawsay* y *suma qamaña*)⁹³ y la incorporación de símbolos indígenas como la *wiphala* junto a los tradicionales símbolos republicanos⁹⁴. Así mismo reconocieron el derecho a la autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, sea indirectamente mediante la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos de pueblos indígenas⁹⁵ o directamente en forma expresa, como lo hace la Constitución de Bolivia, país que además dio rango de ley a la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas⁹⁶. Por otra parte Chile - el país más retrasado de la región en estas materias- ratificó en septiembre de 2008 el Convenio 169 de la OIT, un año después de haber firmado la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas en la Asamblea General de Naciones Unidas. Con esto se abrió un nuevo ciclo de acumulación para el movimiento indígena y el ejercicio de los derechos colectivos de sus pueblos.

⁹⁰ *Ominayak*, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá, Comunicación No. 167/1984, Doc. O.N.U. CPR/C/38/D/167/1984 (dictamen de 26 de marzo de 1990).

⁹¹ Artículo 1 y 6 CPR de Ecuador (2008)

⁹² Artículo 2 CPR de Ecuador (2008) y artículo 5 CPR de Bolivia (2009)

⁹³ Artículo 14 CPR de Ecuador (2008). El artículo 8 CPR de Bolivia (2009)

⁹⁴ Artículo 6 CPR de Bolivia (2009)

⁹⁵ Artículos 10 y 57 CPR Ecuador (2008)

⁹⁶ Capítulo Séptimo CPR de Bolivia (2009)

De esta manera, el *autonomismo* declarado en Quito, obtenido en Nicaragua, exigido en Chile y ejercido en Chiapas se instaló como la pauta para las reivindicaciones de los pueblos originarios en respuesta al avance de la globalización neoliberal en sus territorios. El movimiento indígena dejó de ser mero apéndice de los movimientos campesinos, constituyéndose con ello como sujetos políticos por sí mismos⁹⁷, pero al mismo tiempo se fortaleció la idea que la articulación horizontal del movimiento indígena con el resto de los sectores sociales movilizados que compartan sus imperativos de democracia, igualdad y participación, fortalece su identidad y el ejercicio de sus derechos colectivos. Se afirmó así el carácter histórico, *sociopolítico* y nacional de la cuestión étnica, en tanto los pueblos indígenas son unidades de un todo más complejo, donde ocupan una posición subalterna junto al resto de *las mayorías*. A la inversa, se confirmó que su aislamiento respecto de aquellos -como proponen los *eticistas*- solo acrecienta su marginalidad política⁹⁸.

⁹⁷ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Autonomías Indígenas en América Latina: de la demanda de reconocimiento a su construcción*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.* p. 431.

⁹⁸ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional...*, pp. 119s

SEGUNDA PARTE

LA DEMANDA POR EL TERRITORIO Y LA AUTONOMÍA LOS PUEBLOS ORIGINARIOS: LEGITIMIDAD Y SIGNIFICADO

“Ellos exigen un 'territorio' y no meramente más 'tierra'; buscan que se les reconozca como 'pueblos' y no que se les singularice como personas que necesitan un apoyo especial; aspiran a decidir ellos su propio destino y no a ser sólo considerados en la formulación de las políticas públicas”

-Teodoro Rivera, abogado chileno-⁹⁹

“Si nosotros no tenemos instituciones estamos equivocados en nuestros propósitos. El construir instituciones propias significa que nosotros nos vamos a hacer cargo de nuestra educación; que nosotros nos vamos a hacer cargo de nuestro sistemas de salud, no adosados a un hospital que construye el Estado sino que desde nosotros; que nosotros vamos a fomentar la creación de empresas nuestras, con responsabilidad social y además con responsabilidad étnica, de pueblo.”

-Sergio Cuyul, dirigente huilliche-¹⁰⁰

Las reivindicaciones indígenas son tan variadas como opresiva ha sido la historia de su relación con los Estados en que se encuentran. Aquí nos limitaremos a revisar la demanda por el reconocimiento de sus territorios ancestrales como fundamento para el ejercicio de su derecho a la autodeterminación expresado -como veremos oportunamente- en la autonomía. Esta tríada (derechos territoriales-autonomía-autodeterminación) constituye el núcleo fundamental desde donde se justifican y entienden los demás derechos

⁹⁹ RIVERA, Teodoro, *op. cit.*, p. 6

¹⁰⁰ CUYUL, Sergio, *Ética y responsabilidad social: un desafío pendiente de los Pueblos Indígenas*, en BELLO, Álvaro y AYWIN, José, *op. cit.*, p. 294.

reivindicados (derecho a la tierra, medio ambiente, acceso a los recursos, cultura, desarrollo o a la *vida buena*¹⁰¹, etc), todos los cuales se exigen desde el carácter originario de los pueblos que los reivindican, esto es, desde su preexistencia a la colonización y se interrelacionan constantemente. Los primeros serán analizados en profundidad, mientras que el tratamiento de los demás será dejado para futuras investigaciones.

1.- TIERRA Y TERRITORIO

“[E]ste verano hay gente que viene de Alemania, Francia, China, y durante el año han venido más...han dicho que vienen a ver lo que se va a destruir, lo que va a quedar...y ahí estamos, como los osos panda a punto de ser extinguidos”

-Sergio Campusano, dirigente diaguíta-huascoalino-¹⁰²

La demanda por la tierra ha sido central en el conflicto entre el Estado de Chile y los pueblos originarios desde que comenzó el proceso de expansión territorial hacia el norte y sur del país hacia el Pacífico en la segunda mitad del siglo XIX¹⁰³.

La secular disputa se explica, por un lado por la natural necesidad de

¹⁰¹ Tradicionalmente se habla de derecho al desarrollo o al bienestar social. Sin embargo, desde los propios pueblos originarios, se han ido elaborando conceptos como el de la vida buena (del aymará *suma qamaña*) que pretenden expresar el entendimiento indígena de los conceptos citados.

¹⁰² CAMPUSANO, Sergio, *Explotación minera en glaciares localizados en el territorio ancestral de la comunidad diaguíta de los huascoalinos*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN (coord.), José, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰³ El caso paradigmático es el de los Mapuche por ser el pueblo originario con más presencia en el territorio del estado de Chile. Desde el despojo que sufrieron tras la invasión de sus territorios por los Estados de Chile y Argentina en los procesos eufemísticamente llamados “*Pacificación de la Araucanía*” (1861-1883) y “*Conquista del Desierto*” (1878-1886) respectivamente han buscado diferentes estrategias para la recuperación de las tierras, la superación de la pobreza y su dignificación. Comenzando con la resistencia bélica, pasando por la disputa judicial, la Reforma Agraria de la Unidad Popular y actualmente con la demanda por autonomía. Bibliografía sobre el tema hay bastante: BENGOA, José, *Historia del Pueblo Mapuche. Siglo XIX y XX*, ediciones Lom, Santiago, 2000; BENGOA, José, *Historia de un conflicto. El estado y los mapuches en el siglo XX*, ed. Planeta, 1999; CORREA, Martín, MOLINA, Raúl, YÁÑEZ, Nancy, *La Reforma Agraria y las tierras mapuches. Chile 1962-1975*, Santiago, Editorial Lom, 2005; FOESTER, Rolf, MONTECINOS, Sonia, *Organizaciones, Líderes y contiendas mapuches (1900-1970)*, ediciones CEM, Santiago, 1988; MAILLON, Francisca, *La sangre del copihue: La comunidad Mapuche de Nicolás Ailio y el Estado chileno 196-2001*, Santiago de Chile, Lom ediciones, 2004; PINTO, Jorge, *De la inclusión a la exclusión: la formación del estado, la nación y el pueblo mapuche*, Instituto de Estudios Avanzados (USACH), Santiago, 2000.

espacio para el desenvolvimiento de cualquier pueblo. Como señala con precisión BONFIL BATALLA “los pueblos, las sociedades con una cultura propia, requieren un territorio propio, un territorio sobre el cual puedan tomar decisiones, en el cual encuentren recursos suficientes para su sobrevivencia y desarrollo”¹⁰⁴. Es en el territorio, en tanto espacio geográfico históricamente producido, donde converge “el pasado común, la cosmovisión y... las relaciones sociales primordiales” de los grupos humanos y ese es el sentido de la reivindicación territorial indígena¹⁰⁵.

Sin embargo, es necesario atender a una segunda cuestión que da luces sobre la profundidad de la reivindicación indígena sobre sus tierras ancestrales. Nos referimos a la particular cosmovisión de los pueblos indígenas, en la que la comprensión de la totalidad como categoría esencial implica una vinculación mucho más estrecha con el entorno y en particular con la tierra. Ambos son partes fundantes de la realidad toda de la que el mismo hombre es parte. No es extraño entonces encontrarse con que diferentes pueblos, como el *Aymará*, el *Mapuche* y el *Rapa Nui*¹⁰⁶, utilicen nombres como *madre-tierra*¹⁰⁷, *nuestra tierra* para referirse a la naturaleza¹⁰⁸. De este modo la concepción liberal de la propiedad sobre la tierra como privada e individual no responde al ideario indígena ni a su “*milenaria relación [con] su hábitat natural*”¹⁰⁹ que permite hablar del “*continuum de un pueblo y la naturaleza que le da vida*”¹¹⁰ y

¹⁰⁴ NAHAMAND, Salomón, *Violencia, violación de los Derechos Humanos, democracia y crisis económica en México*, citado en GRÜNBERG, Georg, *Tierras y Territorios Indígenas en América Central*, Revista Asuntos Indígenas, n°4, 2004, p. 7-8.

¹⁰⁵ BELLO, Álvaro, *territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones*, en AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEI, Temuco, Chile, p. 98

¹⁰⁶ Alberto HOTUS -alcalde de la Isla de Pascua y Presidente del Concejo de Ancianos de la misma señaló ante el Senado de la República durante el segundo trámite constitucional para la aprobación de la Ley de Desarrollo Indígena N° 19.253 que “*el pueblo Rapa Nui tiene su propia comovisión de la tierra, en el sentido que ella constituye el útero y la placenta, es decir, la madre. De ahí que para los pascuenses resulta imposible tener un título de dominio sobre ella*”. (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19253, Protección Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Santiago de Chile 1997, p. 247)

¹⁰⁷ AYLWIN, José, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y el Territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales*, documento de trabajo p.3 (pie de página). En línea www.utexas.edu/law/academics/centers/humanrights/adjudicating/papers/dctoseminarioeatierrasyterritorios.doc (consultado el 13 diciembre de 2005).

¹⁰⁸ GONZÁLEZ P., Claudio y SIMON W, *op. cit.*, p. 305

¹⁰⁹ CHIRIF, et al., *El indígena y su Territorio*, 1991, p. 26, citado en Revista Asuntos Indígenas, número 4, 2004, p.4.

¹¹⁰ GARCÍA HIERRO, Pedro, *op.cit.*, p. 23

comprender la estrecha relación que los vincula.

Nuestra vida transcurre en un espacio físico colectivo. La tierra – concebida como madre y creadora de vida- es elemento esencial (junto al agua, aire y fuego) para la pervivencia de nuestras comunidades. Por eso la compartimos y la tenemos en común¹¹¹.

Por eso la fragmentación del hábitat, su regulación bajo estatutos diferenciados (derecho de aguas, derecho minero, derecho del medio ambiente, etc) y la asignación de la titularidad de su dominio en forma separada e individual resulta incomprensible y solo se explica por el creciente interés en su explotación. Por otra parte, esta cosificación de la naturaleza termina sustentando también “*aquellas normas de protección que declaran determinada áreas silvestres como espacio de intangibilidad*” (sic) donde no caben los pueblos indígenas con sus derechos territoriales¹¹².

Por otra parte, el territorio como producto del espacio en interacción con la cultura, permite proyectar y afirmar la identidad propia en el ejercicio de los derechos de autodeterminación política, cultural y económica. A su vez, éstos implican disposición sobre los recursos naturales del territorio y sobre el paisaje mismo, entendido como reelaboración cultural de la naturaleza¹¹³.

Si queremos traducir esta relación a nuestros términos jurídicos deberíamos hablar más bien de una propiedad colectiva que no es copropiedad ni ningún otro instituto jurídico reconocible; que contiene formas de tenencias que transitan entre lo colectivo, lo individual y lo *supracolectivo* (religioso, político); e implica derechos de antiguas y futuras generaciones. La tierra se vincula con el pueblo y no con un individuo determinado, del mismo modo en

¹¹¹ REGINO, Adolfo, *La reconstitución de los pueblos indígenas*, en BARTOLOMÉ, Miguel y BARABAS Alicia (coord.), *Autonomías étnicas y Estados nacionales*, México, CONACULTA, INAH, p. 416 citado en BELLO, Álvaro, *territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones*, en AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEL, Temuco, Chile, p. 98.

¹¹² YÁÑEZ, Nancy, *Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito internacional*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 492. Para la cuestión de las áreas protegidas y los derechos territoriales indígenas puede consultares el artículo de CUADRA, Ximena, *Áreas Protegidas y derechos de los Pueblos Indígenas. Desafíos para el contexto chileno*, en BELLO, Álvaro, AYLWIN, José, *op. cit.*, p. 277.

¹¹³ BELLO, Álvaro, *Op. cit.* p. 106.

que el territorio de un Estado pertenece a el o los pueblos que lo constituyen y no puede ser enajenado. En este sentido se trata de un derecho político más que de un derecho civil, más de una cuestión de *imperium* que de *dominium*¹¹⁴. Así mismo, el valor cultural del territorio es diferente del valor comercial que le atribuye la sociedad occidental a la tierra en torno al cual se construye la figura de la propiedad privada. Las palabras del dirigente mapuche de la *Comunidad Autónoma de Temucuicui* Rodrigo Huenchullán desde la clandestinidad, son elocuentes al respecto:

La tierra, el territorio, para nosotros no tiene un valor comercial, sino cultural, espiritual. El predio que la comunidad recuperó quedó netamente forestal, las condiciones de suelo ahora son netamente forestales, y lo único que ahí se puede hacer es la forestación, eso nos dicen los organismos del Estado. Pero nosotros hemos entendido que hay otras alternativas para poder desarrollar actividades en el predio, no es necesariamente seguir plantando pinos y eucaliptos, que seguramente para ellos tiene un valor comercial, pero para nosotros eso no tiene valor. Entonces ellos dicen 'Temucuicui tiene el predio abandonado', pero si nosotros nos podemos dar cuenta tenemos el predio cada vez más recuperado, el predio se va recuperando paulatinamente, la vegetación, la diversidad de las especies que allí existen se van todas regenerando, están volviendo todas las vertientes y de esa manera nosotros estamos recuperando el predio. A lo mejor eso para las autoridades no tiene un valor económico, pero para nosotros los mapuches, para la comunidad, eso es la riqueza que tenemos... Nos estamos reconstituyendo territorialmente, culturalmente y espiritualmente, eso tiene un valor a lo mejor no económico ni comercial, pero para los mapuches tiene un valor muy importante porque ahí está la vida de nosotros, la vida de los niños, la vida de todos.¹¹⁵

Desconocer estas diferencias esenciales es simplemente suponer de hecho una superioridad intrínseca de una cultura sobre otra, al tiempo que implica un atentado contra los derechos individuales, en tanto el reconocimiento de la diferencia permite la generación de un contexto de sentido para las decisiones individuales y la configuración de la identidad¹¹⁶. La imposición unilateral de la

¹¹⁴ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho*, en SURRELLÉS y GARCÍA HIERRO (eds.), *Tierra adentro. Territorio y percepción del entorno*, IGWIA (documento n°39), Compenhage, 2004, p 280s.

¹¹⁵ Entrevista concedida al historiador Martín Correa,. Consultada en línea [<http://www.elquintoinferno.cl/2007/09/11/entrevista-desde-la-clandestinidad-con-rodrico-huenchullan-cayul/>] el 8 de octubre de 2008. La **negrita** es nuestra.

¹¹⁶ Ahondaremos en este punto en el siguiente capítulo.

concepción occidental ha tenido consecuencias que pueden ser consideradas *etnocidas*¹¹⁷, las que no han podido evitarse con meras adaptaciones de la institucionalidad chilena a la especificidad indígena¹¹⁸.

*En definitiva, y como los mismo pueblos indígenas señalan constantemente la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de ejercer los derechos territoriales, resulta muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra*¹¹⁹.

De este modo, cuando los pueblos originarios apelaron a la institución de la propiedad privada como herramienta para poder conservar su cultura -ya que ofrecía perpetuidad, exclusividad y libre disposición-, no pretendían describir su territorialidad sino más bien optaban por una estrategia para proteger su derecho a ésta, manteniendo su objetivo de largo plazo: el territorio entendido como ámbito de autodeterminación, espacio de identidad y garantía de continuidad histórico-cultural de sus pueblos¹²⁰.

2-. TERRITORIO, AUTONOMÍA Y AUTODETERMINACIÓN

“Ahora estamos plenamente concientes de que nuestra liberación definitiva se puede expresarse como pleno ejercicio de nuestra autodeterminación... Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios no puede existir autonomía. La auto determinación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía de los marcos nacionales.” (sic)¹²¹

¹¹⁷ En 1981, bajo los auspicios de la UNESCO, se realizó una declaración sobre etnocidio y *etnodesarrollo*. En ella se definió el etnocidio como la situación en la que se niega a un grupo étnico el derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. (*Declaración de San José, Reunión internacional sobre etnodesarrollo y etnocidio en América Latina organizada la UNESCO, San José, Costa Rica, 7 a 11 de diciembre de 1981. En línea http://www.geocities.com/tayacan_2000/analisisonu.html [consultada el 15 de julio de 2005]*).

¹¹⁸ Por ejemplo, la ley indígena en su artículo 13 prohíbe la enajenación de tierras consideradas indígenas a individuos ajenos a la etnia, lo que supone una modificación relevante de las características del derecho de propiedad (limitando el derecho de disposición), pero que resulta insuficiente, ya que implica la adscripción individual de la tierra, bien lejano a la concepción de aquellos.

¹¹⁹ BERRANDO, Mikel, en BERRANDO, Mikel *op. cit.*, p. 472.

¹²⁰ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas...*, pp. 279 y 283.

¹²¹ Declaración de Quito, emanada del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios en Julio de 1990. Consultado en línea el 9 de octubre de 2008, [http://www.cumbrecontinentalindigena.org/quito_es.php].

“[Q]uien tiene que decir si está de acuerdo con esa ley o no, no es el Congreso, sino las comunidades indígenas. Luego ya el Congreso pues que la firme”

-Sub Comandante Insurgente Marcos-¹²²

A partir de la aspiración por ejercer el derecho político al territorio, en tanto encarna la idea de patrimonio colectivo absoluto, *transgeneracional*, indivisible, inapropiable, *indisponible* y autónomo en su administración, ha surgido la demanda por la autonomía, fundada en el derecho a la *autodeterminación* de los pueblos, que su vez se constituye como la *madre* de todas las reivindicaciones¹²³. Para los pueblos indígenas, como para cualquier pueblo, el derecho a la autodeterminación es el derecho matriz que contiene todos “*los derechos necesarios para ejercer realmente un control político y administrativo de sus territorios y recursos*”. Permite el control de las instituciones, recursos, territorios y cultura sin interferencia externa y el derecho a establecer relaciones con el Estado sobre la base del consenso¹²⁴.

El territorio tiene dos dimensiones de ejercicio de la autonomía: por un lado se constituye como espacio en el cual se ejerce el control sobre los recursos y por otro como jurisdicción desde donde se controlan los procesos políticos económicos, sociales y culturales del colectivo¹²⁵. Sin embargo, el territorio como hábitat necesario para la vida colectiva, el autogobierno y la reproducción cultural, no afecta necesariamente la integridad territorial del Estado, pues difiere del significado tradicional de *territorio*, vinculado a la soberanía nacional¹²⁶. Es más, sólo se exige que su ejercicio se ajuste a la protección de los derechos fundamentales de los pueblos, ya incorporados en el derecho internacional¹²⁷.

¹²² Entrevista al Subcomandante Insurgente Marcos al diario mexicano *La Jornada* los días 26 y 27 de febrero de 1994, citado por SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.* p. 176.

¹²³ APARICIO W., Macro, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 399.

¹²⁴ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos, recurso electrónico*, pdf, consultado en línea el 28 de enero de 2009 http://opencms3.udl.es:8080/opencms/galeria_down/2._Mikel_Berraondo_-_Pueblos_indigenas_ante_la_aplicacion_de_los_derechos_humanos.pdf, p. 18

¹²⁵ BERRAONDO, Mikel, *op.cit.*, en BERRAONDO, Mikel, *op.cit.* p. 481.

¹²⁶ BERRAONDO, Mikel, *op.cit.*, en BERRAONDO, Mikel, *op.cit.* p. 483.

¹²⁷ ANAYA, James, *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y*

De hecho, el concepto de pueblo puede referirse al conjunto de ciudadanos de un país en los cuales está depositada la soberanía, o sea como cuerpo electoral, o a un conjunto humano con características comunes en relación al territorio, historia, cultura y etnia, en tanto estos son elementos que constituyen una identidad que puede expresarse mediante ideologías nacionales o étnicas¹²⁸.

Es en este último sentido que los pueblos indígenas han reivindicado su carácter de tales al menos desde la Declaración de Quito (1990) que señala:

Los pueblos indios adoptamos diversas denominaciones (nacionalidades, pueblos, naciones) para llamarnos a nosotros mismos. Estas denominaciones no coinciden necesariamente con las que utilizan los académicos. Cada pueblo indio tiene el derecho a adoptar la denominación que se adapte a sus luchas políticas según su proyecto político en cada país.

*En el interés por encontrar una denominación común, **la mejor de ellas quizás es la de pueblos indios, ya que la categoría de pueblo tiene un rango en los documentos del derecho internacional (ONU, OEA), donde se especifica que todo pueblo tiene derecho a la auto determinación***¹²⁹.

A partir de esta auto-afirmación, y en virtud del derecho de autodeterminación que les corresponde, los pueblos indígenas pretenden no la secesión del Estado sino la autonomía política. Buscan

asegurar el control de las propias instituciones sociales, políticas y culturales, territorio y recursos en un esquema de relaciones con la estructura estatal basado en el consentimiento y la participación

perspectivas, en BELLO, ÁLVARO y AYLWIN, *op. cit.*, p. 42.

¹²⁸ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos de los Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en Nueva Antropología, Vol. XIII, n° 43, México, 1992. Uno de los argumentos favoritos de los sectores conservadores de la sociedad chilena contra el reconocimiento los Pueblos Indígenas en nuestro país ha sido la idea de que existe un solo pueblo en el país formado por todos los habitantes de la Rrepública. Tal vez esta distinción presentada por Stavenhagen sirva para establecer un consenso en torno a un cuerpo electoral nacional integrado por varios pueblos, sin perjuicio de que estos puedan elegir sus propias autoridades, como lo hacen hoy los municipios, las circunscripciones y los distritos.

¹²⁹ Declaración de Quito, *op. cit.* El **destacado** es nuestro.

*(principios que ya aparecen en el Convenio núm. 169 de la OIT).*¹³⁰

A finales de la década de los 90's el alcance de esta reivindicación era explicitado por organizaciones indígenas de todo el continente y se constituía como su principal bandera de lucha¹³¹. Por ejemplo, el Frente Independiente de Pueblos Indios de México señalaba en su documento constitutivo en 1988 que,

*los pueblos indios tenemos el derecho a la autonomía étnica regional para elegir y organizar nuestra vida social con nuestras formas de gobierno y autodefensa. A ejercer autoridad y jurisdicción sobre nuestros territorios étnicos. A ordenar nuestras sociedades sobre la base de nuestras tradiciones o leyes internas en las instancias legislativas, judiciales y administrativas que garanticen una justa e igualitaria relación entre los grupos étnicos que interactúan en las regiones étnicas.*¹³²

Tiempo después, comenzando el año de 1994, como ya se señalara, los indígenas chiapanecos liderados por los *neozapatistas* y su EZLN organizaron un levantamiento armado para reivindicar sus derechos. Tras ser anulados militarmente, comenzaron un proceso de diálogo nacional para refundar el Estado mexicano desde el reconocimiento de la autonomía indígena, a partir de una reforma constitucional que permitiera a las autoridades indígenas ejercer sus funciones, que sustentara legalmente el sistema de justicia indígena y les reconociera sus territorios y formas de organización¹³³. Desde un comienzo los insurgentes comprendieron que las posibilidades de su reivindicación estaban íntimamente vinculadas con la lucha por la justicia y la democracia de los sectores no indígenas de la sociedad mexicana, y por ello han insistido permanentemente en el carácter *étnico-nacional* de sus demandas¹³⁴. Por su parte, el gobierno mexicano siempre intentó desligar la cuestión indígena de los demás asuntos y pretendió satisfacer las demandas de los zapatistas con un proyecto legal que ni siquiera fue consultado previamente con las comunidades indígenas, lo cual generó el rechazo casi unánime de sus bases y vulneró los

¹³⁰ APARICIO W., Marco, *op. cit.*, p. 416.

¹³¹ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...* al pie, p. 200

¹³² DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...* al pie, pp. 118s.

¹³³ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, pp. 175s y 180.

¹³⁴ *Ídem*, pp. 180s.

Acuerdos de San Andrés a los que nos referimos en párrafos precedentes. Por su parte, los *neozapatistas* continuaron su estrategia de construcción de autonomía territorial indígena como “[l]a *única forma de incorporar, con justicia y dignidad, a los indígenas de la Nación*”, y aclarando que “[l]as *autonomías no son separación, son la integración de las minorías más humilladas en el México contemporáneo*”.¹³⁵ Para esto incentivaron la creación de sus *Aguascalientes, Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ), Caracoles Zapatistas, Municipios Autónomos* y sus *Juntas del Buen Gobierno*, insistiendo en el llamado a los otros sectores sociales marginados a unirse al proyecto autonomista¹³⁶.

En Chile, la propuesta de autonomía ha estado presente desde finales de la década de los 80's. La primera sistematización fue hecha en 1992 por el Centro de Estudios y Documentación Mapuche *Liwen* que establecía un Estatuto Regional Autónomo para la Región de la Araucanía y otras zonas adyacentes. En los 90's, los tres principales referentes mapuche -el *Aukiñ Wullumau Ngulam* (Consejo de Todas las Tierras), la Coordinadora de *Comunidades en Conflicto Arauko-Malleko* y la *Identidad Territorial Lafkenche*-proponían la autonomía del territorio mapuche, aunque sólo la última especificó su alcance a través de un proyecto de ley sobre borde costero¹³⁷. El Informe de la *Comisión de Trabajo Autónoma Mapuche*, evacuado en el marco de la *Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (CVHNT)*, convocada bajo el gobierno de Ricardo Lagos en 2001, señalaba en sus propuestas que “[l]os *territorios mapuches actuales y los por reconstruir, deberán estar bajo la administración autónoma del pueblo mapuche, el que deberá disponer libremente de los recursos y efectuar la toma de decisiones en todos los ámbitos que competen la autonomía territorial*”¹³⁸. Además propuso el “rediseño

¹³⁵ *Tercera Declaración de la Selva Lacandona*, EZLN, enero de 1995, formato *html*, disponible en línea [<http://www.radiomundial.com.ve/yvke/noticia.php?t=16996>]. Citado en SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.* p. 191.

¹³⁶ En 2002, se crearon los Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ). A partir de 2005 se agrupan en territorios más grandes denominados Caracoles en cuyo centro se ubican las Juntas del Buen Gobierno reemplazando de esta manera a los antiguos *Aguascalientes* (WIKIPEDIA: La Enciclopedia Libre, *Caracoles y Juntas de Buen Gobierno*, consultada el 22 de mayo de 2009, en línea, disponible en internet [http://es.wikipedia.org/wiki/Caracoles_y_Juntas_de_Buen_Gobierno])

¹³⁷ LAVANCHY, Javier, *Conflicto y propuestas de autonomía mapuche*, Santiago, junio de 1999, consultado en línea [<http://www.mapuche.info/mapuint/lava1.html>] el 8 de octubre de 2008. Revisaremos el contenido de la *Ley Lafkenche* más adelante.

¹³⁸ CVHNT, p. 1878

*de división política administrativa del Estado como una forma de dar la posibilidad a los pueblos indígenas de ejercer autonomía sobre una identidad territorial*¹³⁹.

En el caso Aymará, las propuestas elevadas a las CVHNT se fundan en el concepto de *Suma Qamaña* (vivir bien). Si bien no se refieren específicamente a la autonomía, sí reivindican sus derechos territoriales, incluyendo particularmente la cuestión del agua y el subsuelo, afectados drásticamente por la actividad minera en sus territorios¹⁴⁰. Además exigen participación en las decisiones que les atañen (no sólo consulta), reconocimiento del Concejo Nacional Aymará como interlocutor válido frente al Estado y reformas sectoriales para el respeto de sus derechos¹⁴¹.

Por su parte, los *Rapa Nui*, tienen posiciones encontradas al respecto. El *Consejo de Ancianos*, autodenominado N° 1, expresó en su informe elevado a la misma Comisión que,

*la etnia rapanui, por ningún motivo, requiere de un sistema de autogobierno... lo que se necesita es cierta autonomía en las decisiones que se tomen para Pascua con respecto a las situaciones específicas de ella. Este tipo de autonomía está lejos de constituirse en un autogobierno*¹⁴².

En las propuestas hechas a la Comisión, no se perfila la de un estatuto autonómico¹⁴³. Frente a ello está la propuesta de la *Comisión Provincial de Verdad Histórica y Nuevo Trato de Isla de Pascua*, que basada en la no ratificación por el Estado de Chile del Acuerdo de Voluntades de 1888¹⁴⁴, señala

¹³⁹ CVHNT, p. 1882.

¹⁴⁰ Para un panorama completo en sobre los derechos de los pueblos indígenas del norte de Chile ver YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl, *La gran minería y los derechos indígenas en el norte de Chile*, Santiago, Lom, 2008.

¹⁴¹ *Ídem*, pp. 305ss

¹⁴² CVHNT, p. 506

¹⁴³ CVHNT, pp. 503ss

¹⁴⁴ Hacia 1888, el gobierno de Chile encomendó al capitán de corbeta Policarpo Toro la compra de las propiedades de la Isla de Pascua. Las razones eran de orden estratégico que él mismo había destacado en un informe anterior, y por la insistencia del Arzobispado de Tahití, que había cedido su jurisdicción eclesiástica a su símil de Santiago, para que el Estado chileno tomase posesión de la isla. El 9 de septiembre de ese año, Toro representando al Estado Chileno suscribió un acuerdo con el *Ariki* Atamu Takena, y el Consejo de Ancianos, en las que establecieron la bases de las relaciones entre el pueblo

que “*Rapa Nui será administrada por su Rey y el Consejo de Jefes del Territorio, bajo un sistema administrativo propio como País Independiente*” y añade que el “*Estado de Chile deberá indemnizar al pueblo Maorí Rapa Nui por la ocupación de sus territorios desde 1888*”¹⁴⁵.

La autonomía reivindicada es un régimen político-jurídico acordado, que implica la creación o reconocimiento de una nueva comunidad política en el seno de la comunidad nacional, con un gobierno propio *autogenerado*, con competencia y facultades legislativas y administrativas al interior del territorio autónomo¹⁴⁶. A diferencia de la concreción de la autodeterminación como soberanía (autodeterminación externa), que implica la separación de un pueblo del Estado para la formación de un nuevo Estado, la autonomía aparece como su concreción interna en tanto,

facultad que posee, o que es reconocida, a una población o ente, para dirigir sin tutelaje extraño los intereses específicos de su vida interna, que puede expresarse en la creación de instituciones propias para los

Rapa Nui y el Estado Chileno. En este documento, que todavía existe y que está escrito en español, en *rapanui* antiguo y en tahitiano, se establece la cesión indefinida y sin reserva de la soberanía de la isla en favor del Estado chileno, a cambio del compromiso de éste de garantizar el bienestar y desarrollo de los *Rapa Nui*, reservándose los jefes sus títulos e investiduras. El pacto es explícito al señalar que sólo se cede “*lo superficial*”, quedando la propiedad sobre la tierra en manos del pueblo *Rapa Nui*. El *Ariki* en un gesto simbólico, hizo entrega de un manojo de pasto al Capitán Toro, y se guardó en el bolsillo un montón de tierra. Con esto reafirmaba que lo cedido es la soberanía, más no la propiedad. También se destaca la importancia que tuvo el hecho de que, al izar las banderas, el *Ariki* hiciera a Toro izar la chilena en la parte inferior (Informe del Programa de Derechos Indígenas. Instituto de Estudio Indígenas, *Los Derecho de los pueblos indígenas en Chile*, Temuco, Universidad de la Frontera, Lom, 2003. p. 147). El acuerdo de voluntades nunca fue ratificado. El Estado Chileno no respetó la investiduras de los jefes y atropelló constantemente los derechos de los nativos de la Isla. De hecho, tras el fracaso del intento de colonización de la Isla, el gobierno chileno arrendó la isla al ciudadano francés Enrique Merlet, quien abusó *in extenso* de los isleños, llegando incluso a envenenar al rey *Riroroko*, cuando este se disponía a denunciarlo ante las autoridades de Valparaíso. En 1903, Merlet quiso inscribir a su nombre las tierras para traspasárselas a la *Compañía Williamson & Balfour*, que crearía la *Compañía Explotadora de Isla de Pascua*. Este intento determinó que el Estado de Chile procediera a inscribir los terrenos de la Isla a su nombre, fundándose en el artículo 590 del Código Civil, para luego arrendárselos a dicha compañía. Durante este periodo y hasta que la Armada pasara a controlar la isla, los pascuenses vivieron en un estado de *semiesclavitud*. Se les tenía reclusos en *Hanga Roa* para proteger al ganado de posibles robos; se les prohibía cultivar la tierra y acceder libremente a los recursos marítimos; se castigaba brutalmente a los remisos; se impedía a los nativos viajar al continente y a los continentales visitar libremente la isla. Los abusos continuaron hasta 1953, año en que pasó a depender de la comandancia en jefe de la Armada, por la presión que ejerció la comunidad internacional, especialmente el gobierno francés, y el Grupo de Amigos de Isla de Pascua, al interior del país (ZABALA, Guillermo, *Recopilación de leyes chilenas sobre indígenas, con especial referencia a la etnia Rapa-Nui*, memoria de prueba para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho- Universidad de Chile, p. 185).

¹⁴⁵ *Ídem*, p. 481.

¹⁴⁶ DIEZ-POLANCO, *Autonomía Regional...*, pp. 151

No se trata de ocupar los espacios preexistentes en la administración estatal, sino de construir contrapoderes desde las comunidades indígenas y dentro del marco del Estado que les permitan regir autónomamente su vida interna y determinar sus formas de relación con aquel y el resto de la sociedad¹⁴⁹. Los derechos colectivos específicos que se reconocen, el ámbito territorial de su ejercicio, la distribución de competencias en relación a las del Estado, etcétera, dependerán de las circunstancias específicas en que se establece el estatuto autonómico¹⁵⁰. En todo caso, la autonomía pretende el reconocimiento de legítimos derechos históricos de los pueblos indígenas y no la creación de privilegios, castas ni guetos étnicos¹⁵¹. Por ello, y para asegurar las garantías individuales, dicho estatuto debe fundarse en la solidaridad y fraternidad entre los diferentes grupos étnicos; la igualdad de trato entre los ciudadanos independiente de su adscripción étnica y la igualdad entre los grupos étnicos¹⁵².

El territorio autónomo es parte del Estado, pues por definición se da al interior de éste como forma de alcanzar la integración política del mismo a partir de relaciones horizontales (no subordinadas) entre éste y aquel, funcionando el segundo como gestor de intereses comunes y plurales. Se genera así un espacio político para ejercer los derechos históricos, sociales, económicos y culturales de un pueblo que aspira a concretar políticamente su diferencia dentro del estado-nación, permitiendo su continuidad histórico-cultural en un marco que supere el actual estado de conflictividad y opresión¹⁵³.

Como se ve, la autodeterminación no siempre lleva a la secesión. Esta

¹⁴⁷ CHÁÑAME, Raúl, *Diccionario Jurídico Moderno*, editorial San Marcos, Lima 1995, citado en GARCÍA HIERRO, *El enfoque territorial...*, p.17.

¹⁴⁸ La distinción entre autodeterminación externa e interna la tomamos de Javier RUIPÉREZ, citado por LÓPEZ BÁRCENAS, Franciso, *op. cit.*, p. 432. En todo caso, cabe señalar que el movimiento indígena los toma como sinónimos, ya que “soberanía” sería la denominación que los pueblos indígenas de Norte América usan para referirse a la “autonomía”, concepto usado por el resto de los pueblos indígenas del continente. Sobre este asunto, ver el punto 2 (Proyecto Político) de la Declaración de Quito (1990).

¹⁴⁹ LÓPEZ BÁRCENAS, Franciso, *op. cit.*, p. 443.

¹⁵⁰ DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional...*, p. 153-157.

¹⁵¹ SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.* p. 116.

¹⁵² *Ídem*, p. 228

¹⁵³ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Op. Cit.*, p.98ss.

puede ser interna y no afectar las relaciones externas ya establecidas, sino solo las formas internas de organización política y económica de un pueblo dentro de un Estado. Es más, la autonomía entendida en el sentido arriba esbozado, refuerza la unidad nacional, pues permite resolver las tensiones sociales que provoca la negación de la diversidad. Por otra parte, limitar el ejercicio del derecho de la autodeterminación de los pueblos a su variante separatista y la consiguiente independencia nacional, constituye una negación del derecho que pretende afirmar, y ha sido, como veremos, utilizada por los gobiernos para cerrar la puerta a la autonomía de los territorios indígenas. A la inversa, constreñir dicho derecho a la autonomía supone una forma de racismo y discriminación por parte de la comunidad internacional¹⁵⁴. Afortunadamente, y en perfecta sintonía con su afirmación identitaria, los pueblos originarios no han caído en la tentación de exigir el *regalo envenenado de la liberación nacional* -como Negri y Hardt describen al Estado-nación en tanto elemento funcional al orden global capitalista¹⁵⁵ -, sino que apelan a la autonomía como modo de permitir y mantener una convivencia política en un marco de unidad diferenciada.

*En efecto, en Latinoamérica ninguna organización indígena con representación pretende declarar soberanía política, crear su propio estado nacional o pronunciarse por la independencia...Lo que desean los indígenas es mantener y desarrollar sus formas propias de vida sociocultural en el marco de las respectivas estructuras nacionales*¹⁵⁶.

De esta forma, los Pueblos Indígenas han contribuido de manera decisiva a superar la idea asentada en torno a la necesaria mediación estatal para el ejercicio del derecho de autodeterminación, en función de una supuesta superioridad del Estado como forma de organización política, potenciando la posibilidad de que los propios pueblos en tanto tales se constituyan -con sus estructuras políticas y sociales- como comunidad política para sí y por sí.

¹⁵⁴ LÓPEZ BÁRCENAS, Franciso, *op. cit.*, p. 433.

¹⁵⁵ HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 3a edición, 2004, pp. 124s.

¹⁵⁶ *Ídem*, p. 162. En el mismo sentido ANAYA, James, *Los derechos de los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.*, p. 37.

3- AUTONOMÍA Y DERECHOS INDIVIDUALES: HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN LIBERAL DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS

El derecho a la autodeterminación de los Pueblos Originarios y de la propia calificación de éstos como sujetos de derecho no es pacífica en filosofía política, toda vez que tensiona la tradicional conceptualización universalista de los derechos humanos¹⁵⁷. Incluso dentro de la propia tradición liberal, encontramos una enconada disputa entre los llamados liberales *individualistas* o *atomistas*, los *comunitaristas* y los *multiculturalistas* en relación a los derechos de la minorías.

La cuestión nacional, o étnico-nacional, también ha sido abordada tempranamente desde la tradición *marxista* y sus desarrollos *leninista-stalinista*, *austro-marxista*, de la *Escuela de Franckfurt* con su lectura hegeliana de Marx. En este trabajo, nos enfocaremos en la tradición liberal, no tanto por íntima convicción, sino más por conveniente pragmatismo, en un contexto donde la *tutela binominal* a la soberanía popular parece alcanzar también al *mercado de los argumentos plausibles* en la discusión académica. En otras palabras, salirse del marco conceptual del liberalismo, implica arriesgarse a no ser comprendidos.

Afortunadamente, dicha tradición filosófico-política se ha mostrado suficientemente rica como para legitimar los derechos de los pueblos originarios. Advertimos que no nos adentraremos en profundidad en la discusión liberal, sino que esbozaremos sus argumentos principales para centrarnos en la postura *multiculturalista* de Will Kymlica, que ofrece una explicación satisfactoria a la cuestión en debate¹⁵⁸.

¹⁵⁷ ETXEBERRIA, Xavier, *La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpretación mutua*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁸ En esta parte seguiremos principalmente KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Piados, Barcelona, 1996..

El liberalismo se constituye a partir de una concepción de la persona humana entendida como un individuo racional y autónomo¹⁵⁹. Esto significa que, “*cada hombre y cada mujer está dotado de la capacidad para discernir por sí mismo cuál es su bien, de diseñar un plan de vida a la luz de ese discernimiento y de, finalmente, ajustar el conjunto de sus actos a ese plan*”¹⁶⁰. Esta es la cuestión central del liberalismo y es por ello que reconoce y protege los derechos individuales de las personas, estableciéndolo como el cimiento de la comunidad política al tiempo que admite la idea de poner límites a la voluntad de las mayorías en función de proteger los derechos de los individuos pertenecientes a minorías. Sin embargo, está en discusión si es posible, dentro del paradigma liberal otorgar derechos colectivos a las minorías.

Para los liberales individualistas, la salida al problema de los grupos nacionales o étnicos, debe ser mediante una simple aplicación de los derechos individuales universales. Desde esta postura pueden aceptar *discriminaciones positivas transitorias* en favor de los grupos menos aventajados, que se irían suprimiendo en la medida en que se fueran superando las diferencias que las justifiquen. Esta perspectiva también admite un reconocimiento en función de la *justicia anamnésica* para evitar la *invisibilización* de dichas minorías, relegando al ámbito privado, la cuestión de la pertenencia cultural¹⁶¹. Sin embargo, algunos autores han cuestionado esta premisa, dando origen a la variante *comunitarista* del pensamiento liberal.

Los *comunitaristas* han acusado al liberalismo atomista de no dar respuesta a los problemas de la *etnicidad*, por lo que resultaría necesario complementar la tradicional teoría de los derechos humanos con una teoría de los derechos de las minorías, de modo de poder explicar cómo ambos coexisten

¹⁵⁹ Para la ortodoxia liberal, el sujeto es anterior a la experiencia, la que queda fuera de la naturaleza humana. Esto les permite justificar máximas universales en su teoría política (CHARNEY, John, *El debate liberal-comunitarista aplicado a las relaciones entre el E° chileno y el pueblo mapuche*, Tesis para optar al grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 8ss.)

¹⁶⁰ PEÑA, Carlos, *Democracia y minorías*, [en línea], disponible en internet en [www.udp.cl/derecho/publicaciones/democracia_minorias.pdf]p . 1

¹⁶¹ El concepto de *justicia amnésica* lo tomamos de SIERRA, Lucas, *La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo*, en Revista de Estudios Públicos, [92], CEP Chile, 2003, p. 21.

y se limitan¹⁶². Para ellos, las prácticas sociales y las instituciones que de ellas emanan resultan determinantes para la identidad de los individuos, por lo que es indispensable considerarlas a la hora de fundar la comunidad política. El liberalismo individualista confundiría la defensa normativa del individuo -esto es el como éste debe ser tratado- con la antropología del ser humano, o sea, con la forma en que configuramos nuestra identidad. O sea, si bien es necesario que el ser humano sea tratado como individuo, éste no nace como tal, sino se forja “a merced de la interacción y el dialogo con otros”¹⁶³. El respeto a la autonomía individual para los *multiculturalistas* implica la posibilidad de revisar y modificar las propias concepciones de bien a partir de la experiencia y el entender la identidad como fuente de significados acerca de la experiencia¹⁶⁴. La vida buena supone entonces la posibilidad de cada cual para dirigir su vida a partir de sus propias convicciones y de poder examinarlas constantemente a partir de la experiencia. Como las personas no toman sus decisiones ni las revisan *en el aire* -sino que lo hacen a partir de un contexto cultural o *cultura societal* que les da sentido a esas valoraciones-, la identidad colectiva -que es la que hace que un grupo de persona más o menos grande sea distinguible de los demás grupos de personas- es tan fundante de la autonomía como la identidad individual – o sea aquello que hace que una persona determinada sea la que es, diferente de las demás¹⁶⁵. En este sentido, si negamos el reconocimiento a una *cultura societal*, podemos estar produciendo una imagen distorsionada y despreciativa de la propia identidad individual en tanto esta tiene una *estructura dialógica* atada a la necesidad de reconocimiento¹⁶⁶. Por esto, la opción de proponer a las minorías que se sienten explotadas y marginadas la secesión, tampoco resuelve el problema¹⁶⁷. De hecho, los

¹⁶² KYMLICKA, Will, *Introducción*, en KYMLICKA, Will, *op. cit.*

¹⁶³ PEÑA, Carlos, *Ciudadanía y reconocimiento...*, *op. cit.* p. 101.

¹⁶⁴ CHARNEY, John, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido PEÑA, Carlos, *op.cit.*

¹⁶⁵ “**En ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural. La contraposición de esta afirmación es que, al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia;** esto lo han demostrado numerosos estudios sobre pueblos y comunidades indígenas en Latinoamérica” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad (Mayagna) Awas Tingsi con Nicaragua (2001), párr. 83-d, p. 24.)

¹⁶⁶ PEÑA, Carlos, *Democracia y minorías...*, p. 2.

¹⁶⁷ PEÑA, Carlos, *Ciudadanía y reconocimiento...*, p. 103.

pueblos indígenas han insistido en que su reivindicación se concreta dentro del marco de los Estados Nacionales, aunque implica redefinirlos.

La relación apuntada entre reconocimiento e identidad ha sido descrita certeramente por Charles Taylor, apoyándose en la dialéctica hegeliana¹⁶⁸. Para este autor, con la modernidad se desplomó el concepto del honor, el que fue sustituido por el de dignidad (igualitaria y universal). Con ello surgió una identidad individualizada definida por un sentido moral interno (autodeterminación) que se identifica como autenticidad. Ese “*escucharse a uno mismo*” sólo puede darse en el intercambio con los demás, por eso se habla de una configuración dialógica de la identidad. La identidad individual se configuraría *en y por relación a otros*¹⁶⁹. De este modo, el no-reconocimiento o falso reconocimiento podría llegar a ser una forma de opresión, en cuanto lleva a alguien a vivir conforme un modo falso o desformado. Incluso podría llegarse al *autodesprecio*¹⁷⁰.

Vistas así las cosas, los derechos individuales sólo pueden realizarse en un contexto de libertad colectiva, por lo que los derechos colectivos, como el de autodeterminación, justificación de la autonomía, deben considerarse como derechos fundamentales en la medida en que promuevan los derechos individuales de sus miembros¹⁷¹. En otras palabras, los derechos colectivos se constituyen como condiciones de posibilidad de los derechos individuales, “*es el respeto a la autonomía individual el que exige el reconocimiento de la*

¹⁶⁸ A diferencia del *miedo al otro* de Hobbes -que deriva en el Leviatán como garante y vehículo de la comunidad política- y el miedo a la indignidad de Locke -que establece al mercado como forma básica de la sociedad-, Hegel propone como pulsión básica la *necesidad de reconocimiento*. La única forma de tener certeza del propio valor sería entonces que otra conciencia (un otro) reconozca ese valor (PEÑA, Carlos, *Ciudadanía y reconocimiento...*, p. 102).

¹⁶⁹ SIERRA, Lucas, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁰ TAYLOR, Charles, *El Multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, FCE, México, 2001, pp. 43-59. Frente a esto, SARTORI ve aquí una exageración. Reconoce la vinculación entre identidad y reconocimiento, pero señala que es forzado pasar al sentimiento que dicho desconocimiento puede provocar en el individuo al que provoca en la comunidad. Se pregunta ¿que le importa a un blanco pobre el hecho de que ser blanco sea reconocido? (SARTORI, Giovanni, *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Tauros, Madrid, 2001, pp. 61-68.)

¹⁷¹ Surge aquí el problema de las tradiciones vejatorias, ¿la autodeterminación autoriza a realizar actos contrarios a los que entendemos por dignidad humana? Este punto se vuelve dramático frente a determinadas prácticas vigentes en África y Asia como la Mutilación Genital Femenina o ablación de clítoris (WIKIPEDIA: La Enciclopedia Libre, *Ablación de clítoris*, consultada el 22 de mayo de 2009, en línea, disponible en internet [http://es.wikipedia.org/wiki/Ablaci%C3%B3n_de_cl%C3%ADtoris]). Intentar contestar a esta pregunta está, por la magnitud de la tarea, fuera del marco de este trabajo.

*pluralidad cultural...que se manifiesta, a nivel normativo en derechos diferenciados en función del grupo*¹⁷². En definitiva es la valoración del individuo que hace el liberalismo, la que lo obliga a valorar la cultura. Cualquier política asimilacionista sería inaceptable pues desconoce la importancia de la identidad colectiva en el ejercicio de su propia libertad. Incluso la propia idea de Estado Nacional, en tanto implique una unidad culturalmente homogénea, resulta incompatible con estos supuestos y sólo se justifica en la medida en que se constituya como garante en el ejercicio de dicha libertad¹⁷³.

Esta doble importancia de la pertenencia cultural -el posibilitar las elecciones individuales significativas y el sustentar la propia identidad- sumado al hecho de que en principio cualquiera puede adoptar otra *cultura societal*, hace que la libertad defendida por el liberalismo, además de la de transitar de una cultura a otra sin coacción, envuelva la de poder desenvolverse en la propia. Así, junto a la igualación de derechos que el liberalismo supone en su universalismo, existe la necesidad de reconocimiento de la especificidad de cada grupo e individuo¹⁷⁴. Sin embargo, cuando se protege la pertenencia cultural de alguien, se hace con costos para los demás. Por esto es necesario establecer cuando resulta justificado y cuando no.

Como señalamos más arriba, muchos liberales creen que dicha pertenencia se protege suficientemente con un sistema universal de garantías individuales. El Estado no debería interferir en el *mercado de las culturas*, omitiendo *bien intencionadamente* una respuesta al problema étnico o nacional, del mismo modo como el estado liberal ha resuelto el problema de la religión. Pretender una ciudadanía diferenciada, sería un retroceso, una vuelta a la arbitrariedad del privilegio medieval, en tanto la ciudadanía ha creado ciudadanos iguales, produciendo un Estado neutral respecto de las identidades culturales o étnicas. Establecer una *política del reconocimiento*, como la llama Taylor, o derechos *diferenciados en función del grupo*, al decir de Kymlicka,

¹⁷² CHARNEY, John, *op. cit.*, p. 33

¹⁷³ PEÑA, Carlos, *Democracia y minorías...*, p.

¹⁷⁴ Desde el punto de vista de las identidades, esto se justifica en la identidad universal o general, que acoge en su seno a la identidad colectiva y la individual: la identidad de *ser humano* (ROJO, Grínor, *op.cit.*, p. 47).

implicaría un retroceso de la ley al arbitrio, pues el carácter garantístico de la ley es su universalidad y neutralidad. La discriminación positiva sería aceptable, en tanto busca resultados igualitarios, pero no las proposiciones *multiculturalistas*, pues estas con tratos desiguales buscarían resultados desiguales¹⁷⁵.

Sin embargo, la aspiración de reconocimiento de derechos diferenciados no pretende ni implica necesariamente un retorno a un *iusnaturalismo premoderno* donde el individuo solo puede situarse en sus enmarques comunitarios, atado a una jerarquía natural y a los roles que a ella corresponden. De lo que se trata es de concretar la universalidad en la pluralidad, en encontrar respuestas pacificadoras a los dilemas que la vida social exige resolver.

De hecho, cotidianamente es necesario hacer opciones relevantes respecto de diversas cuestiones que implican necesariamente hacer valoraciones. Por ejemplo, ¿Cuál será el idioma oficial de la administración? ¿Qué lengua se utilizará en los colegios? ¿Cómo conformamos los distritos? ¿De modo que una minoría nacional y/o étnicas quede como mayoría o minoría? ¿Celebraremos como feriado el año nuevo del 1 de enero europeo o del *We Xipantu* mapuche el 24 de junio?. Todas estas preguntas implican necesariamente una opción cultural, que -hecha desde la *ingenua ilusión* de la neutralidad del Estado- termina fomentando, a través de mecanismos coercitivos una cultura por sobre las demás, que en América ha sido siempre la criolla por sobre la indígena. Superado el espejismo, el desafío es encontrar fórmulas para que ese fomento sea lo más equitativo posible .

En el otro extremo encontramos otra ingenuidad: la de pretender que todas las culturas valen por igual y todas las formas de vida son igualmente legítimas. Es cierto que todas las culturas son valiosas en tanto son formas de expresión de lo humano a través del devenir histórico, en las que se expresan las diferentes formas de hacer viable la existencia en contextos variados. Sin embargo, esto no significa que debamos renunciar a un diálogo *intercultural* con

¹⁷⁵ SARTORI, Giovanni , *Op. Cit.*, pp. 91-106.

miras a establecer un acuerdo sobre qué formas de vida son valiosas para la humanidad que queremos construir y cuales no. Se trata, en todo caso, de un proceso de reconstrucción social comprensiva y no de imposición cultural¹⁷⁶.

La propuesta de Kymlicka es que los derechos diferenciados en función del grupo ayudan a corregir las desventajas que padecen las minorías ante la cultura mayoritaria, asegurando que tengan las mismas oportunidades de desarrollarse en su propia cultura que los miembros de aquella, cuestión que incluso podría justificarse en el paradigma liberal de RAWLS¹⁷⁷. Los costos que implica las *desigualdades justas*, son mucho menores a los de la *aculturización* de los miembros de la cultura minoritaria, lo que también es coherente con la idea liberal de que los derechos individuales sólo pueden legítimamente transarse para evitar un mal mayor¹⁷⁸.

El propio SARTORI señala en su defensa del pluralismo liberal que a diferencia de la tolerancia, que simplemente respeta valores ajenos (reconoce el derecho a cultivar creencias equivocadas), el pluralismo afirma un valor propio: la diversidad enriquece al individuo y a la sociedad¹⁷⁹. Así, hay que agregar a los argumentos en favor del reconocimiento de la autonomía de los pueblos originarios, que la población en general también se beneficia con estos derechos diferenciados, en tanto la diversidad cultural enriquece nuestras vidas. Por ejemplo, hoy se habla del aporte indígena en la construcción de un modelo de desarrollo sustentable, considerando la relación armoniosa que ellos sostienen con la naturaleza. Incluso hay quienes sostienen que, además de los evidentes motivos económicos inmediatos detrás de los obstáculos a la autonomía de los pueblos originarios, se encuentra el temor al posible carácter

¹⁷⁶ Para un enfoque similar, ver ROCKEFELLER, Steven, *Comentario*, en TAYLOR, Charles, *Op. Cit.*, pp. 123-138.

¹⁷⁷ Esta justificación del trato diferenciado puede fundarse en la teoría de la justicia de John RAWLS según la cual los principios de la justicia deben ser aquellos que elegirían personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses en situación de igualdad (justicia como imparcialidad). Estos serían la igual repartición de derechos y deberes básicos y que las desigualdades sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y especialmente para los menos afortunados. Dentro de los derechos que se exigirían desde esta plataforma previa a la vida social podría incorporarse la aspiración de vivir en la cultura propia (RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1995 p. 28-35).

¹⁷⁸ *Ídem*, p. 20.

¹⁷⁹ SARTORI, Giovanni, *Op. Cit.*, p. 19.

demostrativo de lo que pudieran ser las formas de vida alternativas al capitalismo que hoy se presenta como inevitable¹⁸⁰.

La debilidad de este argumento está en que lo que la mayoría gana es mucho más difuso que lo que pierde. Sin embargo, no se trata de un argumento definitivo ni central, sino de un subproducto deseable de la política de la ciudadanía diferenciada.

Libertad e igualdad son las dos aspiraciones básicas de la modernidad. Como se desprende de la argumentación expuesta, no es posible aspirar a la primera de éstas si no garantizamos a todas las personas su derecho a desarrollar su propia cultura y a desenvolverse en ella, dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales. Es en la cultura donde se construye y constituye el significado de nuestras acciones y decisiones, por lo que si esta nos es impuesta, se niega el campo desde donde la libertad individual puede tener sentido. Se hace necesario entonces *“asumir que la viabilidad de una cultura tiene, por necesidad, proyecciones políticas”* que implican la producción de su propia normatividad y *“necesidad de y derecho a un grado de autonomía”*¹⁸¹. Por otra parte, la imposición de una cultura por sobre otra supone una transgresión a la igualdad frente a la ley, ya que el Estado no puede ser neutral si se ve obligado a hacer opciones culturales relevantes.

¹⁸⁰ “[La autonomía indígena puede] *resistir localmente a las evidencias de la inevitabilidad* [del capitalismo], *promoviendo con éxito alternativas que parecen utópicas en todos los tiempos y lugares, excepto en aquellos donde efectivamente se dieron*” (DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica De la Razón Indolente*, Descleé de Brower, Bilbao, 2000, citado en GARCÍA HIERRO, Pedro, *El enfoque...*, p.

¹⁸¹ PRADO, Maximiliano, *La cuestión indígena como cuestión constitucional. Algunas proposiciones para su discusión*, en *Revista Derecho y Humanidades*, [11], Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, p. 114.

TERCERA PARTE

TIERRA, TERRITORIO Y AUTONOMÍA INDÍGENA EN EL SISTEMA NORMATIVO CHILENO

Ésta parte de nuestro trabajo comenzará con una revisión del derecho internacional de los derechos humanos -específicamente su parte relativa a los derechos autonómicos y territoriales de los pueblos indígenas-, constituida por instrumentos internacionales, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y el derecho consuetudinario que a partir de ellos se ha ido conformando.

A continuación revisaremos las bases institucionales establecidas en la propia constitución, para determinar la capacidad de ésta para recepcionar el estándar de derechos fundamentales de los pueblos indígenas establecido en el derecho internacional.

Finalmente analizaremos la Ley de Desarrollo Indígena (LDI), como principal expresión de la política estatal en materia de derechos de los pueblos originarios a la luz del derecho internacional integrado a nuestro ordenamiento. Así mismo revisaremos la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente y particularmente su Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la medida en que a través de la variable antropológica, incorpora los derechos de los pueblos indígenas. Por último, analizaremos la Ley que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (Ley Lafkenche) que se constituye como un nuevo

esbozo de reconocimiento de territorialidad indígena, aunque como veremos, bastante limitado.

Comenzar este apartado con el estudio del sistema internacional de derechos fundamentales no es antojadizo. Tampoco se explica únicamente por ser el derecho internacional el ámbito donde han tenido primera y mayor recepción las reivindicaciones indígenas. La principal razón es que nuestro ordenamiento jurídico recoge, desde su Carta Fundamental, el derecho internacional de los derechos humanos como límite a la soberanía estatal, afirmación que se sostiene por sí misma en relación a los tratados internacionales relativos a la materia y cuyo alcance y sentido pretendemos dilucidar en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO I

EL DERECHO INTERNACIONAL

“Las nobles y humanas palabras de la Declaración Universal de Derechos Humanos... resplandecen y hacen abrigar grandes esperanzas a quienes padecen la larga noche de la injusticia. Para tantos Pueblos especialmente los numerosos pueblos indígenas las palabras de la Declaración están llenas de promesas que quisiéramos ver hechas realidad”

-Naomi Kipuri-¹⁸²

Como mencionamos en la introducción a esta parte del trabajo, de acuerdo a la Constitución chilena el derecho internacional de los derechos humanos actúa como límite a la soberanía nacional. Según esta, la soberanía está depositada en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas y por las autoridades establecidas por la Constitución¹⁸³. Su ejercicio está limitado por *“el respeto a los **derechos esenciales** que emanan de la naturaleza humana”*, garantizados por la propia Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes¹⁸⁴.

De esta manera, para mantenerse dentro del mandato legítimo de la Carta Fundamental, los poderes del Estado y sus órganos deben respetar en su actuar la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados que contengan normas sobre derechos fundamentales y se encuentren vigentes¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. El accionar legítimo de los organismos del Estado está limitado por este *bloque constitucional* constituido por los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos señalados y las formas de hacerlos efectivos¹⁸⁷.

¹⁸² Antropóloga *Massai* ante el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las NN.UU. en el 50º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Citado en BENGUA, *op.cit.*, p. 294s

¹⁸³ Artículo 5º inciso 1º de la CPR

¹⁸⁴ Artículo 5º inciso 2º de la CPR. La **negrita** es nuestra.

¹⁸⁵ Se incluyen todos los tratados que contengan normas relativas a derechos humanos, y no sólo aquellos que tengan por objeto único su establecimiento (VILLAVICENCIO, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Cono Sur, 2001, p. 19)

¹⁸⁶ Para la discusión sobre si el requisito de la vigencia se refiere al derecho interno (promulgación más publicación) o a su vigencia internacional, ver el texto de Luis VILLAVICENCIO citado arriba.

¹⁸⁷ El *bloque constitucional* es el sistema de derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico. En el caso chileno el catálogo de derechos está constituido por los derechos reconocidos en el artículo 19 y

Al entender de este modo la incorporación de los derechos consagrados por los tratados internacionales se evita la discusión sobre la jerarquía que tienen frente a la ley, al menos desde la perspectiva de los derechos, en tanto límite a la soberanía estatal. De la misma manera resta fundamentos a quienes pretenden jerarquizarlos en función de *generaciones de derechos*. Por otra parte, permite la evolución de las garantías incorporadas en la Carta Fundamental, de manera de incorporar en éstas los derechos colectivos de los pueblos indígenas y en particular su derecho al territorio y la autonomía¹⁸⁸.

Por su parte, el derecho internacional reconoce como fuentes a los tratados internacionales, a los principios generales del derecho, las resoluciones obligatorias de las organizaciones internacionales y la costumbre internacional¹⁸⁹. Esta última se cristaliza cuando existe un consenso respecto de los contenidos de las normas y las expectativas que generan entre los sujetos relevantes. Esto implica cierta uniformidad del comportamiento y la *opinio iuris*, esto es, la convicción de que se actúa por un deber internacional. De este modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, la práctica de los estados y la doctrina se constituyen indirectamente como fuentes, en tanto concurren a la creación y consolidación de la costumbre y a la determinación de las reglas de derecho que paulatinamente son recogidas por diferentes instrumentos internacionales.

los que se incorporen por la vía de los tratados internacionales según el artículo 5 inciso 2°, lo que lo convierte en un catálogo abierto. Su alcance está dado por el principio de triple vinculación y el consagrado en el artículo 6°, que obliga al Estado frente a los individuos y viceversa y a éstos frente los demás individuos. Las formas de asegurar las garantías serían la nulidad de derecho público y su principio de juridicidad (artículo 7°), el respeto al núcleo esencial de éstas en la regulación de su ejercicio (artículo 19 n° 26), las acciones de protección (artículo 20) y amparo (artículo 21), el control de constitucionalidad *ex-ante* (artículo 93 numeral 1° y 3°) y *ex-post* (artículo 93 numeral 2°, 4°, 6° y 7°) ejercido por el Tribunal Constitucional (apuntes de clases del profesor Pablo Ruiz-Tagle Vial de la cátedra de Derecho Constitucional, año 2000, sin revisar, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

¹⁸⁸ Algunos autores señalan que los derechos esenciales de los que habla el artículo 5° inciso 2° de la Constitución sólo pueden referirse a los llamados derechos de primera generación, pues son sólo éstos los que se configuran como límite a la soberanía estatal. Los derechos de 2ª y 3ª generación no podrían constituirse como tales por requerir la intervención directa del Estado (VILLAVICENCIO, Luis, *op. cit.*, p. 27s). Sin embargo, los derechos de los pueblos indígenas y en particular sus derechos territoriales y autonómicos existen en función de hacer posible el ejercicio de los derechos individuales y son justamente límites a la soberanía estatal, en tanto transfieren algunas de sus prerrogativas a los pueblos titulares de estos derechos. En este sentido estos derechos sí deben considerarse como esenciales aun en la comprensión que de éstos tiene VILLAVICENCIO, que nosotros no compartimos.

¹⁸⁹ Los principios generales del derecho provienen tanto de derecho interno -por ejemplo la cosa juzgada- como los de derecho externo -como el derecho de libre determinación de los pueblos.

De acuerdo a la doctrina nacional, la omisión de una referencia explícita al derecho internacional general -esto es la costumbre internacional y los principios generales del Derecho-, “*en ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional*”¹⁹⁰. La costumbre internacional de los derechos humanos se constituye también como límite al ejercicio de la soberanía estatal en los términos del inciso 2° del ya citado artículo 5°. Esto porque establece y cristaliza *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*. De esta manera,

*los pactos internacionales en materia de derecho humanos ratificado por Chile y que se encuentren vigentes constituyen el mínimo o piso sobre el cual el Estado de Chile se compromete a regular su convivencia interna e internacional, sin perjuicio de que haya otros que no se encuentren en dichos pactos ni en las disposiciones constitucionales y que sean inherentes a la naturaleza humana, todos los cuales constituyen un límite al poder estatal*¹⁹¹.

En todo caso, aun cuando no se compartan los postulados del *iusnaturalismo*, la noción del bloque de constitucionalidad permite incorporar en éste la costumbre internacional. En este sentido RUIZ-TAGLE propone,

*desarrollar una noción de derechos esenciales como derechos fundamentales, es decir, concebirllos como todos aquellos derechos y libertades beneficiados con la protección constitucional o internacional, lo cual resulta más acorde con una teoría democrática y los postulados actuales del constitucionalismo internacional*¹⁹².

¹⁹⁰ PFEFFER, Emilio, *Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno*, en Revista Iuris et Praxis, [el línea], formato pdf, disponible en internet en [<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19790121.pdf>], p. 471. El autor sostiene que esta es la opinión unánime de la doctrina. Además cita el caso *Lauritzen con Fisco*, en que se admitió la recepción automática del Derecho Internacional común generalmente aceptado en nuestro Derecho Interno, incluso admitió la primacía de esas normas sobre el Derecho Nacional.

¹⁹¹ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 123 y p. 129. La **negrita** es nuestra.

¹⁹² RUIZ-TAGLE, Pablo, *Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en Chile*, en *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Lom ediciones, 2001, p. 13. La **negrita** es nuestra.

A continuación revisaremos brevemente las diferentes etapas del derecho internacional, contextualizándolo históricamente. Luego veremos los principales instrumentos internacionales que reconocen el derecho al territorio y a la autonomía de los pueblos indígenas, con especial atención en los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT relativos a la tierra y el territorio. Este tratado ha sido recientemente ratificado por Chile (septiembre de 2008) y su importancia es fundamental en el sistema internacional en tanto se constituye como el piso de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Su ratificación ha sido una de las demandas históricas de los pueblos originarios en el continente y en particular en Chile.

Así mismo analizaremos la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas -aprobada en septiembre de 2007 en la Asamblea General de Naciones Unidas con el voto concurrente de la delegación chilena- y que con la ratificación del Convenio 169 de la OIT por nuestro país, se convierte en el instrumento más importante en la materia, estableciendo el sentido y alcance de los derechos consagrados en los demás instrumentos aplicables.

Por último revisaremos la jurisprudencia internacional más importante -con especial hincapié en la de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*-, su fuerza obligatoria y su papel en la consolidación de la costumbre internacional relativa a la materia, cuya cristalización definitiva es la mencionada Declaración de Naciones Unidas

1.- *El iusnaturalismo y el positivismo estadocéntrico*

El derecho internacional surgió en conjunto con la llegada europea al continente americano. En ese momento comenzó la reflexión acerca del estatus de las poblaciones americanas y los eventuales derechos que les correspondían. Fray Bartolomé de Las Casas fue el primer defensor de los *indoamericanos* y de su plena humanidad. Rechazó el sistema de encomiendas y todo el aparato de la conquista española. En este mismo sentido se sumó

Francisco de Vitoria, quién desde una perspectiva *iusnaturalista* católica, fue más explícito al señalar que los indios tenían derechos de autonomía y que eran legítimos dueños de las tierras que ocupaban a la llegada de los españoles. Sostenía que eran “*verdaderos dueños pública y privadamente*”¹⁹³ de las tierras que habitan, contradiciendo con esto la doctrina papal que otorgaba derechos a los *descubrimientos* de los príncipes cristianos. Sin embargo fue el mismo Vitoria quien sostuvo la superioridad de la civilización cristiana sobre cualquier otra, y la obligación de los indígenas de comerciar y dejarse evangelizar, entregando así los elementos para la doctrina de la *guerra justa*¹⁹⁴.

Con el surgimiento del moderno sistema de estados, la idea *iusnaturalista* que consideraba la existencia de un código moral universal para la humanidad emanado de Dios o -en su versión secular- de los principios de la Razón, se quebró, dando origen a una división entre derechos naturales de los individuos y derechos naturales de los estados. Esta dicotomía estado/individuo, excluyó cualquier derecho de autonomía grupal a entes que no cupieran en el concepto de Nación, entendida como grupos políticamente conscientes, cohesionados en torno a ciertas características comunes y al poder monárquico y la burocracia administrativa que acompañaba a los nacientes Estados. De esta manera surgió la identificación entre Estado y Nación a la que hicimos referencia en la primera parte de este trabajo¹⁹⁵.

La avanzada imperialista y colonialista del siglo XIX encabezada por las principales potencias del continente europeo y sus ejércitos, funcionarios y antropólogos, transformó el derecho internacional en una fuente de legitimación de la expansión colonial. Impregnado de positivismo, se impuso como un derecho de lo *factual*, de lo realmente existente, restringiendo el derecho internacional a las relaciones interestatales. Definía la soberanía como exclusiva y excluyente de los estados, siendo la *estatalidad* una cuestión que dependía precisamente del reconocimiento por parte de los estados europeos y

¹⁹³ VITORIA, Francisco, *Relaciones sobre los indios*, citado en ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Editorial Trotta, 2005 p. 43.

¹⁹⁴ ANAYA, James, *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁹⁵ Ídem, pp. 48ss.

sus vástagos. De este modo los pueblos indígenas quedaban convenientemente fuera de este selecto grupo y, es más, fueron completamente *invisibilizados*, al considerarse sus tierras como *terra nullis*, susceptible de apropiación¹⁹⁶.

Como vimos en la primera parte de este trabajo, desde la perspectiva de la política interna y su discurso legitimante, el siglo XX continuó dentro de los mismo parámetros del positivismo, aunque ahora bajo la idea del tutelaje, más benévola que la misión civilizadora del siglo anterior. Ahora los estados civilizados debían procurar “*un tratamiento equitativo a las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración*”¹⁹⁷. Sin embargo, el carácter colectivo del sujeto indígena y por consiguiente sus derechos, fueron sistemáticamente negados, pese a la concesión de ciudadanía plena, que en algunos casos venía del siglo anterior¹⁹⁸.

En las últimas décadas y especialmente en los albores del siglo XXI, el panorama ha ido cambiando. En los años 70's, los Pueblos Indígenas comenzaron a participar y a ser aceptados en diferentes foros internacionales dejando de ser simples objetos de discusión, y pasaron a impulsar un diálogo *multipartito* en que participan ellos mismos, los estados, organizaciones no gubernamentales y expertos independientes¹⁹⁹⁻²⁰⁰. Así, paulatinamente se ha ido

¹⁹⁶ Ídem, p. 68.

¹⁹⁷ Artículo 23 b) del Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919), citado en ANAYA, *Op. Cit.*, p. 75.

¹⁹⁸ Un ejemplo paradigmático que ilustra la negación de derechos con que la sociedad internacional trataba a los indígenas, es el caso del Jefe de Haudenosaunee Deskaheh, líder indígena iroquí, que en 1923 viajó a Ginebra para pedir la mediación de la Liga de las Naciones en el conflicto que su pueblo mantenía con el Estado de Canadá. El organismo consideró que el caso era un asunto interno del gobierno de dicho país y desechó la solicitud. El dirigente no fue autorizado por Canadá para volver a su país (citado en GARCÍA, Lola y BORRAZ, Patricia, *Participación Indígena en foros internacionales: Lobby político indígena*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 221). El ejemplo también es invocado en el portal web del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, consultado en línea el 14 de enero de 2009 en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/history.html>.

¹⁹⁹ Ídem, p. 222.

²⁰⁰ ANAYA, *Op. cit.*, p. 92. En 1986 la OIT convocó a una reunión de expertos para revisar la adecuación del convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, invitando al Consejo Mundial de Pueblos Indígenas. Luego, cuando el tema fue tratado en la Conferencia Internacional del Trabajo, integrada por representantes de los trabajadores, empleadores y estados, se abrió también a la participación de los representantes de los pueblos indígenas. Lo mismo puede decirse respecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a quien la OEA encargó en 1989 un instrumento para la defensa de los derechos de los Pueblos Indígenas, En esta tarea consultó y recogió comentarios tanto de los gobiernos como de los Pueblos Indígenas del continente americano. En 1982, en el ámbito de Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social creó el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas como

consolidando en este ámbito -indudablemente el más adecuado- el carácter de sujeto de derecho internacional de los pueblos originarios²⁰¹.

Por otro lado, a través de la ratificación y firma de diversos instrumentos internacionales y de la jurisprudencia y opiniones emanada de sus tribunales y organismos se ha ido consolidando un estándar internacional de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, al tiempo que se ha ido reforzando la propia idea de los indígenas en torno a sus derechos y su carácter de pueblos.

2.- El sistema internacional de derechos humanos y los Pueblos Indígenas

El actual sistema internacional de derechos humanos surgió como respuesta a las atrocidades perpetradas durante las guerras europeas de la primera mitad del siglo XX (1914-1945) que llegaron a tener un alcance mundial con la participación de EE.UU y Japón. Fue en 1946 cuando se refundó la Liga de las Naciones cuyo objetivo había sido la conservación de la paz, naciendo en ese acto la Organización de Naciones Unidas, hoy denominada simplemente Naciones Unidas (en adelante NN.UU). Dos años más tarde se acordó la *Carta de Naciones Unidas* y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* -establecidas desde el paradigma liberal- que proponía al individuo como sujeto de derechos fundamentales, esencialmente frente al Estado. De este modo se constituyeron lo que se ha llamado los *derechos de primera generación*, donde los derechos de los pueblos originarios no tenían más cabida que remitiéndolo a los derechos individuales de sus miembros²⁰².

órgano subsidiario de la Subcomisión de Derechos Humanos con el mandato de velar por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, con especial atención en la evolución de las normas relativas a esos derechos. Sin embargo, los delegados de los pueblos indígenas no cabían en las categorías de participantes en los organismos de la ONU. Ante esto, se hicieron arreglos para que los pueblos indígenas participaran en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, enviando comentarios y propuestas, convirtiéndose así en un espacio para la promoción de las propias concepciones y demandas de estos pueblos. (Consultado en línea el 5 de enero de 2009 en <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/history.html>). En 1994 se formó el Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas de NN.UU. En esta instancia y por primera vez, los pueblos indígenas participan en un órgano permanente de NN.UU con el mismo estatuto que los Estados

²⁰¹ GARCÍA, Lola y BORRAZ, Patricia, *op. cit.*, p. 231. En el mismo sentido ANAYA, James, *La globalización...*, *op. cit.*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *op. cit.*, p. 46.

²⁰² La distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación tiene utilidad en referencia al desarrollo histórico de los derechos pero puede ser confusa en tanto puede dar pie para hacer una jerarquización de los derechos fundamentales. Esto se evita con la concepción de éstos como *bloque*

Paralelamente, en el ámbito americano, la preocupación institucional de la Organización de Estados Americano (OEA) hacia los pueblos indígenas se manifestaba a través del sistema indigenista interamericano y su Instituto Indigenista Interamericano, fuertemente influido por las nociones del indigenismo mexicano revisadas en la primera parte de este trabajo.

Sin embargo, fue en seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde vio la luz el primer instrumento moderno de carácter internacional que reconoció que las poblaciones indígenas requerían de un tratamiento especial. Se trata del *Convenio n° 107* de la OIT de 1957 *Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*, que resultaba un reflejo de las políticas de protección e integración a las sociedades nacionales del indigenismo imperante²⁰³.

A mediados de los años 60's fueron aprobados el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* (PDCP) por un lado y el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PDESC) por otro, que buscaban especificar y hacer operativa la Declaración de Derechos Humanos²⁰⁴. En ellos se consagraron los *derechos de segunda generación*, donde aparecen entes colectivos como sus titulares, y el propio Estado como actor principal para garantizarlos, dejando la pasividad propia de los *derechos de primera generación*.

Estos instrumentos proclamaron el derecho de libre determinación de los pueblos, legitimando de esta manera la descolonización de África, el Pacífico y otras posesiones ultramarinas²⁰⁵. Sin embargo, el criterio para la formación de

de derechos fundamentales, como señalamos más arriba.

²⁰³ Un autor señala que “podemos afirmar sin ningún género de dudas que [la OIT] fue el primer organismo internacional que abordó en forma directa los problemas de los indígenas”. [CABEDO MALLOL, Vicente, El reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena en el Convenio 169 de la OIT, en ORDOÑEZ, José y ZARAGOZA, Ignacio (coordinadores), *Aplicación del Convenio 169 de la OIT Análisis interdisciplinario XIV Jornadas Lascasianas Internacionales*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2006, formato pdf, consultado en línea el 28 de enero de 2009, <http://www.adobe.com/products/acrobat/alternate.html>]

²⁰⁴ BENGEOA, José, *La emergencia...*, p. 258.

²⁰⁵ Ambos comparten su artículo primero: “*todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su desarrollo económico, social y cultural...*”.

los nuevos estados fueron las fronteras coloniales y no los pueblos²⁰⁶. Se reconoció el derecho a la independencia de las posesiones ultramarinas, pero no el de los enclaves de población indígena al interior de los estados independientes²⁰⁷. Algunas potencias coloniales como Francia y Bélgica presionaron por extender este mandato a los enclaves de poblaciones indígenas en países independientes, cuestión que fue resistida por los países de América Latina, logrando que la descolonización se limitara a los territorios ultramarinos y/o distantes y no a los grupos indígenas ubicados dentro de los estados²⁰⁸. En 1970, la propia Asamblea General, se encargaba de aclarar que frente a la pretensión de grupos minoritarios de separarse del Estado del que son parte primará la integridad territorial del Estado, siempre y cuando este sea respetuoso del derecho de *libredeterminación* de los pueblos y esté dotado de un gobierno en que estén representados todos los habitantes sin distinción²⁰⁹. El capítulo XI de la Carta de NN.UU relativa a los territorios no-autónomos, establece que los estados se obligan a “*ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas*”. De esta manera, los estados consagraron la doctrina del *agua salada* limitando el derecho a la autodeterminación de los pueblos de manera tal que una vez ejercido por las colonias, mutaba de naturaleza para convertirse en un derecho del Estado a su propia integridad territorial²¹⁰. Aun hoy, el convenio 169 de la OIT, que hasta la firma del Pacto de Derechos de los Pueblos Indígenas era el documento internacional más importante al respecto, señala expresamente que cuando se usa el vocablo “*pueblos*” se excluyen sus alcances político-internacionales²¹¹.

Con las mismas limitaciones de los Pactos, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1969*,

²⁰⁶ RODRIGUEZ PIÑEIRO, Luis, *La OIT y los pueblos indígenas en el Derecho Internacional: Del colonialismo al Multiculturalismo*, en APARICIO W., Macro, *op. cit.*, p. 410.

²⁰⁷ De hecho, la Asamblea General de Naciones Unidas resolvió en 1960 que “[*todos los pueblos tiene el derecho de libredeterminación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”]. (Artículo 2 de la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1960).

²⁰⁸ ANAYA, James, *op.cit.*, p. 87s.

²⁰⁹ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los estados de conformidad a la Carta de Naciones Unidas [resolución 2526 (XXV)]

²¹⁰ APARICIO W., Macro, *op. cit.*, p. 414.

²¹¹ Artículo 1 convenio 169 OIT. Veremos la cuestión en detalle más adelante.

(CEDR) señala que “(c)ada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones”²¹². Pese a que a primera vista esta cuestión pareciera no tener relación directa con la cuestión del territorio y la autonomía, una segunda mirada nos da a entender lo contrario. Primero porque buena parte de los Estados han intentado persistentemente impedir que se aplique el derecho a la libre determinación con todos sus elementos a los pueblos indígenas, lo que constituye a todas luces una discriminación racial en los términos establecidos por la Convención citada²¹³, esto es

*[e]n la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que **tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar** el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los **derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública** ²¹⁴.*

Tanto es así, que en la propia Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas se establece que “[l]os pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y **tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena**”²¹⁵. Con esto se ha dejado claro que cualquier pretensión en el sentido señalado constituye un acto de racismo, condenado por el derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, la Convención para la Eliminación del Racismo tiene una doble importancia práctica. Ello debido a que las tierras indígenas han sido blanco predilecto de proyectos de inversión altamente contaminantes, lo que ha motivado a que el movimiento indígena acuñe el concepto de *racismo ambiental* para referirse a esta forma de discriminación²¹⁶. La segunda es que el

²¹² Artículo 2 letra b) de la CEDR

²¹³ SAGANASH, Romeo, De colonizado a globalizado: una perspectiva indígena a los desafíos del Nuevo Mundo, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *op. cit.*, p. 204.

²¹⁴ El **destacado** es nuestro.

²¹⁵ Artículo 2 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

²¹⁶ El caso mapuche es patente: el 70% de los vertederos de la región de la Araucanía se encuentra en sus territorios y las 17 plantas primarias de tratamiento de aguas servidas que se proyecta instalar en la zona están en tierras mapuche, afectando directamente a 42 comunidades. (SEGUEL, Alfredo, (11 de abril de 2005), *Racismo Ambiental en Territorio Mapuche*, Ecoportal, consultado el 20 de mayo de 2009, en

artículo 14 de la CEDR, ratificado por Chile, permite que cualquier individuo pueda dirigirse al *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* para que este estudie la situación y emita recomendaciones al Estado, lo que potencia este instrumento como forma de defender la territorialidad indígena en este tipo de situaciones. De hecho, en junio de 2008, la Coordinación de Comunidades Mapuche en Conflicto Ambiental presentó una acción urgente al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU²¹⁷.

Paralelamente al proceso de reconocimiento de derechos de los Pueblos en el seno de la ONU, en el ámbito americano se firmó la Declaración Americana de Derechos del Hombre (1966). Tres años más tarde, los Estados americanos proclamaron la Convención Americana de Derechos Humanos que especificó los derechos consagrados en la Convención y estableció las competencias y procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pese a que ambos instrumentos se fundaron en el paradigma individualista de los derechos fundamentales y no prestaron mayor atención a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el sistema interamericano ha ido lentamente incorporándolos a través de su jurisprudencia a partir de una interpretación evolutiva de los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos señalados y en otros tratados internacionales de derechos humanos como los Pactos de NN.UU y el Convenio 169 de la OIT, en la medida que han sido ratificados por la mayoría de los Estados del continente²¹⁸.

Recién en 1971 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de la ONU decidió comenzar el estudio de la situación de los pueblos originarios con lo que el tema comenzó a ser abordado directamente en la Organización. Por su parte, la *Conferencia de Especialistas en Etnocidio y Etnodesarrollo en Latinoamérica* de la UNESCO, adoptó en 1981 una declaración afirmando “*el derecho inalienable*” de los Pueblos Indígenas a

<http://www.ecoportat.net/content/view/full/44399> (consultado el 5 de diciembre de 2005).

²¹⁷ Consultado en línea el 12 de enero de 2008, http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080623/pags/20080623220821.html

²¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *El sistema interamericano de derechos humanos y los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 155s.

conservar su identidad cultural y “a ejercer la autodeterminación”²¹⁹. Hacia 1982, el *Consejo Económico y Social de las NN.UU* decidió la creación de un *Grupo de Trabajo para los Pueblos Indígenas* (GTPI) con la misión de elaborar un proyecto de declaración de sus derechos, cuyo trabajo culminó en septiembre de 2007 con la aprobación abrumadoramente mayoritaria del texto de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (DDPI) en la Asamblea General de las NN.UU.

Junto a la conformación del GTPI en la ONU se iniciaba un proceso similar en la OEA que busca alcanzar una Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, cuestión que aún no se logra. Sin embargo, el Proyecto de Declaración también reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas concretado en el derecho a la autonomía y *autogobierno*, en la gestión económica y medioambiental de sus recursos²²⁰. Además reconoce el derecho a la tierra, territorios y recursos que históricamente ocupen y a la restitución de sus tierras y territorios²²¹. Esto evidencia el grado de consenso que existe en torno a la legitimidad de la demanda de los pueblos originarios, en tanto los indígenas no pueden gozar de sus derechos individuales mientras no se les reconozca a sus pueblos una identidad propia con derechos colectivos. De hecho, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile en el año 1989 establece el llamado derecho a la integridad cultural cuando dispone que

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

El Comité de Derechos Humanos de la ONU interpretando la disposición ha dicho que pese a que el artículo consagra derechos individuales, estos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su

²¹⁹ Declaración de San José, Costa Rica, 11-12-81, UNESCO, PARRÁFOS 2 y 3.

²²⁰ Artículos 3, 26 y 29 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de las NN.UU y artículo XV del Proyecto de Declaración de la OEA.

²²¹ Artículo 26 de la DDPI de las NN.UU y XVIII.2, XVIII.4 del PD de la OEA.

cultura, su idioma o su religión y que por tanto puede llegar a ser necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de la minoría y asegurar el disfrute de los derechos de ésta, disfrute que en caso alguno menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte²²².

Por otra parte la *Declaración sobre los Derechos de Todas las Personas pertenecientes a Minorías Religiosas, Nacional o Étnica y Lingüísticas* de 1992 establece que los Estados deben proteger la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías y fomentar las condiciones para la promoción de su identidad²²³. Lo mismo puede decirse del artículo 30 de la Convención sobre Derechos del Niño que consagra el derecho de los niños indígenas a “*tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a empelar su propio idioma*”. En otras palabras, se reconoce un derecho a la cultura propia, el cual comprende el conjunto de instituciones y comportamientos de un grupo humano y sus valores y símbolos compartidos, elementos todos que, considerados desde la comunidad de cultura indígena, son inseparables entre sí²²⁴. Siendo que la tierra sigue siendo el referente primordial de la identidad colectiva indígena se hace necesario un reconocimiento de sus derechos territoriales para que se cumpla cabalmente con el deber de promocionar estas identidades²²⁵. De esta manera, el derecho a la cultura exige indirectamente un reconocimiento del derecho al autogobierno y a la autonomía indígena ejercido sobre un espacio geográfico determinado: sus territorios ancestrales.

El mismo año 1992 se suscribió el Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas. En su artículo 8.j establece que los Estados deben,

respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más

²²² Observación General 23 al artículo 27 del Pacto referido.

²²³ Artículo 1 de la Declaración sobre los Derechos de Todas las Personas pertenecientes a Minorías Religiosas, Nacional o Étnica y Lingüísticas (1992).

²²⁴ APARICIO W., Marco, *op. cit.* p. 407.

²²⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, *op cit.*, p. 26.

amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;

De esta manera, se valoró el conocimiento ancestral indígena, y de otro ser reconoció los derechos que ellos tienen sobre éstos.

Hoy se habla de una *tercera generación* de derechos donde la pasividad o actividad del Estado no es lo definitorio, sino que el compromiso de la sociedad en su conjunto para su efectiva realización. Se trata de derechos colectivos y difusos que requieren del reconocimiento de ciertos sujetos colectivos como titulares, entre ellos, los propios Pueblos Indígenas.

3. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas

El primer instrumento que les reconoció derechos en tanto sujeto colectivo específico a los pueblos originarios es el convenio 169 de la OIT. Se trata de una reformulación del n° 107 que buscaba la superación del *asimilacionismo* y el reconocimiento de la legitimidad de la aspiración de los pueblos indígenas de *“asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estado en donde viven”*²²⁶. Este importante cambio de paradigma -que implicó la progresiva consideración de los Pueblos Indígenas y sus representantes como un *sujeto* del derecho internacional- fue producto de la sensibilización que el movimiento indígena fue capaz de generar en los diversos foros internacionales respecto de sus derechos fundamentales durante la década de los 70's y 80's ²²⁷.

El hito de la aprobación del Convenio 169 en 1989 y su entrada en

²²⁶ Párrafo 5° del preámbulo del convenio 169.

²²⁷ GÓMEZ, Magdalena, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 134; en el mismo sentido GARCÍA, Lola y BORRAZ, *op. cit.*, p. 219.

vigencia al año siguiente fue precedido por el proceso llevado a cabo en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de NN.UU cuyo producto final sería décadas más tarde la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (en adelante DDPI). A comienzos de los 70's la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas encargó un estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas a quien entonces era el Relator Especial para derechos de Pueblos Indígenas, José Martínez Cobo. Este documento, además de describir la situación de discriminación y pobreza a la que estaban y siguen estando sometidos los pueblos indígenas, recomendó la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que se concretó en 1982. El GTPI resultó esencial para el intercambio de experiencias entre organizaciones indígenas, abrió el organismo multinacional a la plena participación indígena e impulsó -de acuerdo a su mandato original- la creación de nuevos instrumentos internacionales para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, al terminar su mandato en 1993 entregó una propuesta de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones, la cual aprobó el texto en 1994 remitiéndolo a la Comisión de Derechos Humanos para su examen. Ésta creó en 1995 un nuevo Grupo de Trabajo para la negociación de un proyecto de definitivo que fuera presentado para su aprobación en la Asamblea General en el marco del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004). Sin embargo, el objetivo no se alcanzó dentro del plazo establecido y en 2006 la cuestión de la aprobación de la Declaración quedó a cargo del nuevo Consejo de Derechos Humanos que reemplazó a la Comisión. Tras largas negociaciones entre organizaciones indígenas, agencias de las Naciones Unidas, expertos, ONGs y Estados, y pese a que se pensó que la creación del mencionado Consejo retrasaría la discusión, el 29 de junio de 2006 éste ratificó el Proyecto de Declaración, el cual fue aprobado definitivamente en la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre 2007 con el voto favorable de 144 Estados miembros, incluyendo a Chile²²⁸.

²²⁸ Cuatro Estados votaron en contra de la Declaración (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y once se abstuvieron. Todos los Estados sudamericanos y centroamericanos la aprobaron, salvo Colombia que se abstuvo. En Norteamérica, sólo México la aprobó.

a) *El Convenio 169 y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas: un nuevo bloque internacional de derechos*

La necesidad de lograr la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT obligó a hacer concesiones al Estado que limitaron sus alcances mediante constantes alusiones a la medida “*de lo posible*”, o “*en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional*”. Sin embargo, no cabe duda que el Convenio 169 significó un tremendo avance para los Pueblos Indígenas en cuanto reconoce sus derechos a la tierra y sus territorios, sus formas tradicionales de organización y la protección de sus culturas. También ha sido significativo el paulatino reconocimiento de su derecho a la autonomía, manifestado en el derecho a la participación y a la consulta y, asimismo, a establecer sus prioridades en materia de desarrollo. Ahora bien, con la proclamación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio adquirió un segundo impulso evolutivo, en cuanto esta “*ayuda a desarrollar una interpretación progresiva del Convenio mismo y, por ende, más efectiva para la protección de derechos*”²²⁹.

El tratamiento conjunto que hacemos de estos dos instrumentos no es casual. Ambos aplicados e interpretados sistemáticamente y de acuerdo a la jurisprudencia internacional, particularmente la de la Corte Interamericana, conforman lo que llamamos un *bloque internacional de derechos fundamentales de pueblos indígenas* que actúa como límite a la soberanía estatal, de acuerdo a nuestra Constitución. De esta manera se complementa el *bloque constitucional de derechos fundamentales* que opera en nuestro ordenamiento de la forma antes descrita. Hacemos esto frente a quienes intentan limitar los alcances de la aprobación de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, señalando que no tendría carácter vinculante, rebajándola a una

²²⁹ YRIGOYEN, Raquel, *Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento. A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en línea, formato pdf, consultado el 20 de junio de 2009, en www.justiciaviva.org.pe/derecho_consulta/01_ryf_consulta.pdf

mera declaración de intenciones o aspiraciones.²³⁰.

Hay dos elementos centrales que apoyan esta tesis de complementariedad entre ambos instrumentos. Por una lado está la cuestión ya esbozada del *ius cogens* que se ha ido consolidando a lo largo de las últimas décadas y que viene a cristalizarse en la Declaración y por otro la cláusula de interpretación que el propio Convenio 169 establece y que revisaremos ambos a continuación.

La nueva jurisprudencia interamericana elaborada por la Comisión y por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos -que revisaremos más adelante- al abordar casos sobre derechos indígenas, ha argumentado invocando derechos reconocidos en los proyectos de declaración de los derechos de los pueblos indígenas de las NN.UU y de la OEA pese a que aun no estaban formalmente validadas por los Estados. También ha utilizado normas y principios de instrumentos que no habían sido aprobados por los estados a los que se aplicaron, como Convenio 169 de la OIT en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* donde la Corte usó lo que denominó un método de interpretación *evolutiva* de los derechos que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra²³¹. Paradigmático en este sentido es el

²³⁰ En este sentido José ZALAUQUETT ha señalado que “*si bien una declaración de Naciones Unidas puede calificarse, dado que estrictamente carece de fuerza vinculante, de soft law o 'derecho blando', habitualmente da impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante*”. Sin embargo el mismo autor, sin dar mayor argumento y pese a su calidad de ex- Relator Especial para Pueblos Indígenas de la OEA nos desconcierta aun más al señalar que “*es dudoso que esta declaración llegue a tener el efecto seminal de otras declaraciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos, en el sentido de dar inicio a un proceso de generación normativa que culmine, años más tarde, en un instrumento internacional de carácter vinculante*” (ZALAUQUETT, José *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008, p. 142 y 140 respectivamente). Llama la atención esta postura que parece concordante con la de los Estados que votaron en contra de la Declaración en circunstancias que “[p]ara los pueblos indígenas que promovieron la Declaración se trata de un instrumento fundamental, que debe orientar la legislación y políticas públicas de los Estados que les conciernen”. (AYLWIN, José, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*, [el línea], Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, formato pdf, Temuco, 2007, disponible en internet en [<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20071122124733>], p. 5)

²³¹ En base a esta metodología, en su voto razonado en el caso *Awás Tingni* el Juez García Ramírez hizo referencia a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, aún cuando Nicaragua no era parte de dicho Convenio (pár. 146-149).

caso de las hermanas Dann contra EE.UU, en que la Comisión Interamericana estableció la existencia de *principios de derecho internacional general aplicables en contexto de derechos humanos indígenas* y afirmó que algunos aspectos del Proyecto de Declaración Americana de Derechos de Pueblos Indígenas *“reflejan principios generales del Derecho Internacional que se están desarrollando en el ámbito del sistema interamericano y que se aplican dentro y fuera de éste”*²³². Se trata entonces de costumbre internacional en el sentido establecido por el estatuto del Tribunal Internacional de Justicia en su artículo 38, esto es como *“prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”*.

Como vemos, esta jurisprudencia ha ido cristalizando un derecho consuetudinario internacional que reconoce a los Pueblos Indígenas, entre otros derechos, el derecho a sus territorios para el ejercicio de su autonomía²³³. Se trata de la,

*expresión de un consenso generalmente aceptado por los Estados miembros del sistema interamericano -que en determinadas ocasiones, y notablemente en relación con el derecho a la tierra y recursos naturales, puede ser constitutivo de derecho consuetudinario internacional- y que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas del sistema*²³⁴.

Esta tendencia se reafirma con los informes y declaraciones orales que los gobiernos hacen llegar a los foros internacionales en que señalan las iniciativas que han adoptado en el plano interno a este respecto. Esto da cuenta de la existencia de ciertos patrones de comportamiento que sirven para identificar el derecho consuetudinario, lo que se refuerza por el hecho de que al ser enviados a foros internacionales sensibilizados por los derechos de los Pueblos Indígenas, muestran cierta convicción de que se trata de obligaciones jurídicamente vinculantes (*opinio iuris*)²³⁵. En este sentido, ANAYA y WIESSER

²³² CIDH, Caso Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos (2002), 11.140, EE.UU, Informe n°75/02, (27-12-02), OEA/ser.L/V/II117, párr. 129.

²³³ ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas...*, p. 125s.

²³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *op. cit.*, p. 181.

²³⁵ *Ídem*, p. 128s.

recuerdan que

*la participación por largos años de los Estados en un proceso tendiente al establecimiento de un status especial para los pueblos indígenas traducido en derechos, incluyendo la de aquellos que votaron en contra de la Declaración o se abstuvieron, es demostrativa de la existencia de una convicción por parte de los mismos de que deben ceñirse por la Declaración (sic)*²³⁶.

En el mismo sentido, la conversión de la Declaración en Ley de la República en el Estado de Bolivia y un reciente fallo de la Corte Suprema de Bélize en que explícitamente cita en sus considerandos la recién aprobada Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas refuerzan el carácter vinculante de este instrumento²³⁷. Resulta interesante citar los argumentos relevantes de esta sentencia:

131. Also, importantly in this regard is the recent Declaration on the Rights of Indigenous Peoples adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 September 2007. Of course, unlike resolutions of the Security Council, General Assembly resolutions are not ordinarily binding on member states. But where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to disregard them. This Declaration... was adopted by an overwhelming number of 143 states in favour with only four States against with eleven abstentions. It is of some signal importance, in my view, that Belize voted in favour of this Declaration... (sic)

132. I am therefore, of the view that this Declaration, embodying as it does, general principles of international law relating to indigenous peoples and their lands and resources, is of such force that the defendants, representing the Government of Belize, will not disregard it. Belize, it should be remembered, voted for it. In Article 42 of the Declaration, the United Nations, its bodies and specialized agencies including at the country level, and states, are enjoined to promote respect for and full application of the Declaration's provision and to follow up its effectiveness²³⁸.

²³⁶ En AYLWIN, José, *La Declaración...*, *op. cit.*, p. 7.

²³⁷ Ídem, p. 8.

²³⁸ El fallo fue consultado en línea en

[http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf]. Lo traducimos libremente de la siguiente manera: “131. **También es importante recordar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Por su puesto, a diferencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad, las de la Asamblea General no son por lo general vinculantes para los Estados miembros.**

Por lo demás, cabe recordar que en tanto este derecho consuetudinario internacional recoja *derechos esenciales emanados de la naturaleza humana*, se constituye como límite al ejercicio de la soberanía estatal de acuerdo a la propia Constitución²³⁹.

El entendimiento de la DDPI como cristalización de la costumbre internacional de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas está avalada por el propio Relator Especial de NN.UU para Pueblos indígenas, quien al momento de aprobarse la declaración señaló que,

*la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal y como vienen siendo progresivamente reconocidos en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos*²⁴⁰.

El Relator sigue y despeja cualquier género de dudas al señalar el carácter obligatorio para los Estados que adquiere la Declaración en tanto mecanismo de protección de los derechos humanos.

La adopción por la Asamblea General de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es un paso más en la consolidación de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos de todas las personas, a la cual se obligan los Estados miembros de

Pero cuando estas resoluciones o Declaraciones contienen principios generales de derecho internacional, los estados no están autorizados para desatenderlas. Esta declaración... fue adoptada por el abrumador número de 143 Estados a favor y solo cuatro en contra y once abstenciones. Desde mi punto de vista, es una cuestión importante que Belice haya votado a favor de la Declaración. "132. Por lo tanto, como la Declaración incorpora principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas y sus tierras y recursos... los representantes del Gobierno de Belice no pueden desatenderla. Hay que recordar que Belice voto a favor de su aprobación. El artículo 42 de la Declaración establece la obligación para Naciones Unidas, sus órganos y agencias especializadas, incluyendo a nivel local, y los Estados de promover el respeto y la plena aplicación de la Declaración y vigilar su efectividad". La negrita es nuestra

²³⁹ Tratamos el tema en la introducción a este capítulo.

²⁴⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo, *La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos* (Mensaje del Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas), [el línea], formato html, disponible en internet en [<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/6B74CFC18196996EC12573560049630F?opendocument>]

la Organización²⁴¹.

El segundo aspecto que permite afirmar el carácter complementario del Convenio 169 y la Declaración es un argumento de texto, que resulta decisivo a la luz del carácter difuso de la costumbre internacional. El Convenio 169 establece en su artículo 35 que,

*[/]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio **no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales**²⁴².*

Esta disposición sobre la aplicación e interpretación de este instrumento resulta ineludible a la hora de determinar el alcance de las normas del Convenio, pues prohíbe el menoscabo de los derechos establecidos tanto por costumbre como por instrumentos internacionales. Como hemos argumentado, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas es cristalización de costumbre internacional, pero además es indudablemente un instrumento internacional, por lo que queda incorporado en el supuesto del artículo 35.

Por otra parte, la propia Declaración entrega argumentos para su obligatoriedad para los Estados. El artículo 42 de la misma señala que además de las propias Naciones Unidas y sus órganos *“los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración”*²⁴³. El artículo 43 de la misma también resulta relevante a este respecto en cuanto señala que *“[/]os derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”*.

Con estos elementos en consideración, intentaremos ahora determinar el

²⁴¹ *Ídem.*

²⁴² La **negrita** es nuestra.

²⁴³ AYLWIN, José, *La Declaración...*, *op. cit.*, p. 5. La **negrita** es nuestra.

contenido sustantivo de este bloque internacional de derechos en lo relativo al territorio y la autonomía de los Pueblos Indígenas.

b) El titular de los derechos: los pueblos y su autodeterminación

Como vimos más arriba, los Pactos de derechos humanos no establecieron a los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho específicos, es más, el sistema internacional les negó tal carácter y los incorporó en el concepto de minorías étnicas, reconociéndoseles el derecho a los miembros de éstas “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”²⁴⁴. Sin embargo, los pueblos originarios insistieron en que no eran equiparables a las minorías étnicas (vinculadas a la inmigración voluntaria) ya que ostentan derechos históricos que les fueron arrebatados violentamente y sin su consentimiento. Lo que pretendían era la restitución de sus derechos y no la obtención de concesiones²⁴⁵ y antes que eso, el reconocimiento de ellos mismos en tanto pueblos, como sujeto de esos derechos, preexistentes a los Estados²⁴⁶. Paradójicamente, los propios gobiernos de América Latina señalaron constantemente en las NN.UU que en el continente no existían minorías en el sentido señalado²⁴⁷. Se trata de algo más que la restitución de sus derechos históricos. Como señala el dirigente mapuche Marcial Colín Lincolao,

*los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos se refiere y reconoce[mos] al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a tener sus propias particularidades y a considerarse a sí mismo diferentes y ser respetados como tales*²⁴⁸.

²⁴⁴ Artículo 27 del PDCP.

²⁴⁵ Sobre la diferencia entre minorías migrantes y pueblos originarios y sus consecuencias ver KYMLICKA, Will, *op.cit.* p. 20.

²⁴⁶ APARICIO W., Macro, *op. cit.*, p. 405 y 409.

²⁴⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los derechos de los Pueblos Indígenas: esperanzas, logros y reclamos*, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *op. cit.* p. 25. En un reciente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho extensivos los derechos reconocidos a Pueblos Indígenas a pueblos tribales (ver Caso Saramaka vs. Surinam).

²⁴⁸ Segundo Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 18 de marzo de 2003 {ICS, 18-3-03}, pp. 70. En línea, http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php/id_archivo=1826&file=1 (consultado el 13 de diciembre de 2005).

En este mismo sentido, el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas Miguel Martínez Cobo, en un informe que le tomó cerca 12 años completar señaló que *“no he podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad indígena internacional como naciones/pueblos”*²⁴⁹.

Aun antes de la aprobación de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas que revisaremos a continuación, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al evacuar sus observaciones al Quinto Informe Periódico presentado por el Estado de Chile en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, luego de constatar que *“las ‘tierras antiguas’ continúan el peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía”*²⁵⁰ señaló que,

El Estado parte debería:

a) *realizar todos los esfuerzos posibles para que sus negociaciones con las comunidades indígenas lleve efectivamente a encontrar una solución que respete los derechos sobre las tierras de estas comunidades **de conformidad con los artículos 1 (párrafo 2) y 27 del Pacto**. El Estado parte debería agilizar los trámites con el fin de que queden reconocidas tales tierras ancestrales.*²⁵¹

Como puede apreciarse, el Comité fundó su recomendación invocando el artículo 27 del Pacto y su entendimiento evolutivo elaborado a partir de la ya citada sentencia del caso Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá y el artículo 1 párrafo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Esta cuestión es de relevancia, pues dicha norma, después de reconocer que *“todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”* señala que,

*[p]ara el logro de sus fines, **todos los pueblos** pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional*

²⁴⁹ Documento E/Cn.4/Sub.2/1999/20-22 de junio de 1999, párrafo 265.

²⁵⁰ *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párr. 19*

²⁵¹ *Ídem*. La **negrita** es nuestra.

*basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. **En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.***²⁵²

O sea, el Comité consideró que los indígenas, y en particular ello es aplicable al caso chileno, constituyen un pueblo, y por lo tanto tiene como tal los derechos que el derecho internacional les ha reconocido a estos sujetos. De esta manera, dicho reconocimiento era una realidad en el ámbito de Naciones Unidas aun antes de la proclamación Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT comienza enunciando su ámbito de aplicación, y alude directamente a los pueblos indígenas como sujeto de los derechos que reconoce. Señala el artículo 1° que,

*[e]l Convenio se aplica a los pueblos en países independientes, **considerados indígenas** por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización... **La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental** para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*²⁵³.

La DDPI no explicita quienes son los pueblos indígenas, pero sí deja claro en su artículo 1° que son éstos los titulares de los derechos que reconoce. Señala que,

los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos.

De esta manera, el largo peregrinar de los Pueblos Indígenas por el

²⁵² *Ídem.*

²⁵³ La **negrita** es nuestra.

reconocimiento de su carácter de tales, fue finalmente coronado con la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 con una aprobación abrumadoramente mayoritaria, que incluyó la firma del Estado de Chile²⁵⁴. En su preámbulo, la Declaración señala que *“los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”*. Más aun, el instrumento despeja todas las dudas y pone fin a décadas de discusión al señalar expresamente en su artículo 2° que

Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas²⁵⁵.

Cabe recordar que de acuerdo a los dos principales Pactos de derechos humanos el primer derecho de los pueblos es el derecho a la autodeterminación de los pueblos²⁵⁶. En función de esta igualdad entre los pueblos es que la Declaración siendo consecuente consigo misma, aclara que *“los pueblos indígenas **tienen derecho a la libre determinación**. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*²⁵⁷.

Sin embargo, el Convenio 169 es explícito al señalar la voz *pueblos* utilizada para designar al sujeto de los derechos enunciados no tiene el alcance que se le da en derecho internacional (art. 1.3). Esta redacción fue producto de los requerimientos estatales por descartar cualquier interpretación que pudiese alentar procesos separatistas, pero en ningún caso socava la naturaleza jurídica colectiva del sujeto de los derechos que reconoce²⁵⁸.

²⁵⁴ El texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra –Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia – y 11 abstenciones.

²⁵⁵ La **negrita** es nuestra.

²⁵⁶ Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos y Sociales tienen como artículo 1° el siguiente: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*.

²⁵⁷ Artículo 3 DDPI. La **negrita** es nuestra.

²⁵⁸ ANAYA, James, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en BERRAONDO, Mikel, *op. cit.*, p. 34.

Frente a esta cuestión, ha sido la propia OIT la encargada de aclarar que no es de su competencia decidir los alcances de este término en el derecho internacional y que en definitiva

*no hay ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación*²⁵⁹.

De esta manera, la OIT reafirma el alcance del artículo 35 específicamente en relación al derecho a la autodeterminación.

Sin perjuicio de esto, y en función de calmar los temores estatales a la desintegración, es que la Declaración aclara que “[n]ada de lo señalado en la presente Declaración... se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”²⁶⁰.

c) Derechos Territoriales: las consecuencias de la autodeterminación

El Convenio 169, además de ser primer instrumento que reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas en tanto tales y no sólo a los miembros individuales de éstos, recoge importantes nociones que hemos expuesto en la primera parte de nuestro trabajo. De hecho establece en su artículo 13.1 que los estados deben respetar la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene la tierra y el territorio, entendidos como “*la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera*”. El convenio agrega que debe reconocerse el derecho de propiedad y posesión que les corresponde sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y debe garantizarse la posibilidad de utilizar las tierras

²⁵⁹ *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, p. 13.

²⁶⁰ Artículo 46.1 DDPI.

a las que históricamente han tenido acceso, aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos²⁶¹. Por su parte la Declaración en su artículo 26.1 establece el derecho de los Pueblos Indígenas ***“las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”***, incluyendo de esta manera no sólo que *“tradicionalmente ocupan”* si no también respecto de aquellas que han sido desposeídos ilegítimamente²⁶². Esta idea se refuerza con el contenido del artículo 28 que establece el

derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado²⁶³.

Por otra parte, el Convenio establece el deber del Estado de garantizar procedimientos adecuados para demarcar las tierras indígenas, establecer mecanismos para evitar que no indígenas se apropien de sus tierras y que permitan resolver las reivindicaciones de tierras indígenas en el marco jurídico nacional²⁶⁴. En el mismo sentido, la Declaración establece que el reconocimiento y protección jurídica de sus territorios y recursos deberá respetar *“debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”*. De esta manera se cambia el eje de esta obligación estatal desde *“el marco del sistema jurídico nacional”* a las costumbres de los pueblos interesados, validando esta última como base jurídica para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, que de esta manera dejan de estar limitados por el derecho positivo nacional.

De acuerdo al Convenio, el derecho que los Pueblos Indígenas tienen sobre sus tierras comprende expresamente el derecho *“a participar en la utilización, administración y conservación”* de los recursos naturales allí existentes²⁶⁵. La Declaración por su parte, en forma consecuente con el derecho

²⁶¹ Art. 14.1 C°169.

²⁶² La **negrita** es nuestra.

²⁶³ La **negrita** es nuestra.

²⁶⁴ Art. 14 C° 169.

²⁶⁵ Art. 15.1 C° 169.

a la autodeterminación de los pueblos, amplía este derecho al reconocer su *“derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”*²⁶⁶.

En cuanto a los recursos del subsuelo que el Estado reclama para sí en territorio indígena, el Convenio 169 establece que aquel queda obligado a consultar a los pueblos afectados antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación, y debe hacer partícipe a los pueblos indígenas de los beneficios de la inversión, *“siempre que sea posible”*²⁶⁷. La Declaración modifica esta cuestión en favor de los Pueblos Indígenas en relación al derecho al consentimiento, que veremos más adelante.

Por último, cabe señalar que el Convenio establece el derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados de las tierras que ocupan sin su consentimiento libre y dado con pleno conocimiento de causa²⁶⁸. En todo caso, podría entenderse que en ciertos casos la reubicación está permitida aun contra la voluntad de los pueblos interesados, pues alude a las situaciones en que la reubicación sea inevitable, siempre debe considerar la opinión de los pueblos a través de encuestas públicas u otros mecanismos adecuados²⁶⁹. Volveremos sobre este punto en el siguiente apartado.

d) Autonomía en el bloque internacional de derechos fundamentales de Pueblos Indígenas: consulta, participación y jurisdicción

En cuanto al derecho a la autonomía -inescindible del derecho al territorio y el control sobre sus recursos naturales- el Convenio en su Preámbulo reconoce *“la aspiraciones de estos pueblos [indígenas] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico...dentro*

²⁶⁶ Art. 26.2 DDPI

²⁶⁷ Art. 15 C° 169.

²⁶⁸ Art. 16.1 C° 169

²⁶⁹ Art. 16.2 C° 169.

de los Estados en que viven”. Esto constituye un avance al pronunciarse positivamente acerca de la legitimidad de la aspiración de estos pueblos a la autonomía. Sin embargo, el Convenio no concreta este derecho más allá del derecho a la consulta previa libre e informada y el derecho a la participación igualitaria en la vida nacional y especialmente en relación a las decisiones que los afecten. Señala en su artículo 7.1 que

*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo...** y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, **en la medida de lo posible**, su propio desarrollo económico, social y cultural.²⁷⁰*

Sin embargo, con la aprobación de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, la situación cambia, toda vez que ésta hace un reconocimiento expreso de la autonomía indígena en su artículo 4° que señala que,

*Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, **tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales**, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas²⁷¹.*

Esto se concreta en el artículo 5 que establece que

*Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y **reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales**, manteniendo a la vez su derecho a **participar plenamente, si lo desean**, en la vida política, económica, social y cultural del Estado²⁷².*

Ahora bien, la autonomía tiene otros derechos derivados. Uno de ellos es el derecho al consentimiento previo en las materias que les afecten, lo que se relaciona directamente con los derechos territoriales, en particular, su derecho al control de territorios y recursos.

²⁷⁰ La **negrita** es nuestra.

²⁷¹ La **negrita** es nuestra.

²⁷² La **negrita** es nuestra.

El derecho a la consulta previa, libre e informada está consagrado a propósito de diferentes materias a lo largo del Convenio, pero su contenido ha sido objeto de discusión²⁷³. El artículo 6.1 establece que los gobiernos deberán, al aplicar las disposiciones del Convenio,

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

No se trata de una cuestión facultativa para los gobiernos, sino que es su obligación garantizar que se implementen dichos procesos de consulta. Tampoco es un simple mecanismo de participación que se reduzca a simples actos de información. El numeral 2 del mismo artículo se encarga de aclarar que

[l]as consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por su parte, el Consejo de Administración de la OIT, ha establecido que

el espíritu de consulta y participación constituye la esencia del Convenio 169 (párrafo 36 de la decisión); la consulta comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo...; se exige la participación libre y plena en todas las fases de los procesos y que la consulta se realice de manera previa a la adopción de decisiones²⁷⁴.

Sin embargo, los órganos de control de la OIT han limitado este derecho en cuanto señalan que el deber estatal de llevar a cabo “procedimientos

²⁷³ Esta se reconoce en los artículos 15.2 (frente a la explotación de recursos naturales); 17 (capacidad de enajenar); 22 (programas especiales de formación)

²⁷⁴ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante...*, op. cit., p. 22]

*apropiados” debe entenderse “con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento”²⁷⁵. En otras palabras, el derecho a la consulta se ha entendido como algo distinto al derecho al consentimiento y sólo aquel estaría consagrado en el Convenio, salvo la ya mencionada excepción relativa al traslado de población²⁷⁶. En el primero es el Estado el que decide luego de recabar la opinión de los pueblos indígenas afectados, mientras que en segundo, si bien el Estado decide, tiene como requisito *sine qua non* obtener la aceptación de aquellos para ejecutarlas. Esta última situación es la que contempla el Convenio en su artículo 16 relación al traslado de las comunidades indígenas de las tierras que ocupan, aunque matizado por las instrucciones que el mismo establece para los casos “*en que no pueda obtenerse su consentimiento*”. Sin embargo la Declaración cierra esta posibilidad en cuanto reconoce un derecho fuerte a no ser desplazados por la fuerza y establece que “[n]o se **procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso**”²⁷⁷.*

En una reciente visita a Chile (abril de 2009), el Relator Especial para Pueblos Indígenas de Naciones Unidas James Anaya, emitió recomendaciones en relación a la consulta previa que el Estado de Chile debe garantizar a los Pueblos Indígenas para llevar a cabo una reforma constitucional. A este respecto fue enfático al señalar que:

*La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses **está***

²⁷⁵ Concejo de Administración de la OIT, 289a reunión de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 23 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, párr. 89. Citado en YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico, p. 9.

²⁷⁶ El Tribunal Constitucional chileno, en las dos revisiones que ha hecho del Convenio 169, también ha considerado el carácter obligatorio de las consultas pero su efecto no vinculante. Sin embargo, en las dos ocasiones en que el Convenio fue sometido a su control, el TC omitió cualquier referencia al derecho internacional, pese a que por lo menos en la segunda revisión, ya estaba vigente la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas.

²⁷⁷ Art. 10 DDPI

indiscutiblemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos. El incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados²⁷⁸.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia analizaremos en detalle más adelante, en un reciente fallo ha establecido que los Estados están obligados a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por un proyecto de desarrollo de alto impacto que “*implique una denegación de su subsistencia como pueblo*”²⁷⁹. En otras palabras, la Corte ha fundado esta exigencia en el derecho a la vida y a la integridad cultural y no directamente en el derecho a la autodeterminación²⁸⁰. Sin embargo la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas reconoce el derecho al consentimiento libre, previo e informado en forma expresa y categórica, pues es la fórmula adecuada para hacer efectiva la autonomía que ella misma reconoce²⁸¹. Dice la Declaración en su artículo 19 que,

*[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, **para obtener su consentimiento libre, previo e informado***²⁸².

Como ya señalamos, el Convenio debe interpretarse en armonía con la DDPI, por expreso mandato de su ya citado artículo 35.

La consolidación del derecho al consentimiento previo se verifica también en otros ámbitos. A modo de ejemplo el informe de la Revisión de las Industrias

²⁷⁸ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *PRINCIPIOS INTERNACIONALES APLICABLES A LA CONSULTA EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE*, 24 de abril de 2009, en línea, formato *pdf*, [<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/documentos-e-informes/239-informe-sobre-consulta-a-pueblos-indigenas.html>], párr. 6. La **negrita** es nuestra.

²⁷⁹ Corte Interamericana, caso *Saramaka vs. Surinam* (2008), párr. 128

²⁸⁰ YRIGOYEN Raquel, *idem*.

²⁸¹ GÓMEZ, Magdalena, *op. cit.*, p. 143s.

²⁸² La **negrita** es nuestra.

Extractivas del Banco Mundial recomendó que dicha institución reconozca y respete el derecho al consentimiento libre, previa e informado como exigencia en los proyectos que financia²⁸³. Esto demuestra el grado de consenso que existe en la materia y refuerza la idea de que estamos ante derecho consuetudinario internacional.

Por otro lado, la participación está consagrado en el artículo 16.1.b) como derecho a participar libremente y en todos lo niveles en la adopción de decisiones que les afecten, lo que se vincula directamente con su derecho a la autonomía que el Convenio expresa como derecho

a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente²⁸⁴.

A la luz de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, que como vimos más arriba reconoce el derecho a la autonomía, este derecho debe extenderse a la plena participación en las definiciones de políticas que puedan afectarles, sin perjuicio del control que ejercen sobre sus territorios en virtud de su autonomía. La participación es entonces una forma de intervenir directamente en la toma de decisiones y no una limitada obligación estatal de consulta²⁸⁵.

Parte de la autodeterminación concretada en autonomía es el derecho a aplicar en sus territorios su derecho consuetudinario. Esto fue reconocido a los pueblos indígenas por el Convenio 169 *“siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico*

²⁸³ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante...*, op. cit., p. 24.

²⁸⁴ Art. 7.1 C°169. Además se refieren a ésta los artículos 15 (conservación y administración de recursos naturales); 22 (elaboración de programas especiales de formación); 23 (fortalecimiento de actividades tradicionales); 25 (administración de servicios de salud); 27 (formulación y ejecución de programas de educación). La **negrita** es nuestra.

²⁸⁵ YRIGOYEN Raquel, p. 10.

*nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*²⁸⁶. Se reconoce parcialmente también la jurisdicción penal “*en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” y se ordena a “*las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia*”²⁸⁷.

Este reconocimiento limitado de la jurisdicción indígenas ha sido calificado como un pluralismo jurídico *unitario*, esto es, aquel en que el Estado se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y ámbito de los demás sistemas jurídicos, en oposición al *igualitario*, que garantiza la autonomía de aquellos²⁸⁸. Esta aseveración resulta acertada en cuanto la aplicación del derecho consuetudinario indígena queda condicionada a su compatibilidad con el “*sistema jurídico nacional*”, lo que implica una subordinación inaceptable desde la perspectiva de la dignidad y derechos de los pueblos. Se trata de una solución cargada de *evolucionismo*, que insiste en la supuesta superioridad de las modalidades occidentales de resolución de conflictos²⁸⁹.

Distinto es el límite que establecen los derechos fundamentales, pues éstos también constituyen límite a la soberanía estatal, por lo que no puede entenderse como una subordinación en el sentido arriba apuntado. El problema resurge al intentar dilucidar quién debe resolver la cuestión de la compatibilidad de determinada costumbre con los derechos fundamentales. Los tribunales superiores de justicia o los constitucionales pueden llegar a ser apropiados en la medida en que defiendan una Constitución fundada en el reconocimiento de la pluralidad de pueblos que componen la sociedad por ella regida.

²⁸⁶ Art. 9.1 C° 169.

²⁸⁷ Art. 9 C° 169

²⁸⁸ CABEDO MALLOL, Vicente, *op .cit.* p. 37.

²⁸⁹ Es común escuchar el argumento que las medidas punitivas tradicionales de los pueblos indígenas como los azotes o el ostracismo serían atentatorias contra la dignidad humana y los derechos fundamentales. Vale. Pero ¿no se puede decir lo mismo de la predilección de los sistemas penales occidentales por encerrar a los *desviados* en jaulas? El problema es que el aparato punitivo, estatal o comunitario, violenta derechos fundamentales. La cuestión es que su aplicación sea proporcional a la finalidad que lo justifica y que esta sea aceptable desde la perspectiva de los derechos fundamentales (vg. función preventivo general positiva de la pena).

A este respecto la Corte Constitucional Colombiana tiene interesante jurisprudencia²⁹⁰ que -razonando sobre la base de la diversidad cultural como bien jurídico constitucionalmente protegido- ha reconocido la jurisdicción indígena en “*aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo*”²⁹¹. Al hacer esta afirmación, la Corte ha debido establecer los límites a su ejercicio y ha optado por la *maximización* de la autonomía indígena al restringirla sólo a aquello que “*verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre... este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura*”²⁹². De otra manera el “*reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico*”²⁹³.

Con este fundamento, la Corte estableció que el debido proceso debe interpretarse conforme a la costumbre indígenas, lo mismo que el carácter previo y cierto de la pena²⁹⁴. De igual manera aclaró que la pena de ostracismo no era contraria a los derechos fundamentales pues no constituiría destierro (que se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no de una comunidad determinada). Tampoco los azotes constituirían tortura, por no tener la gravedad suficiente y por no tener por finalidad el escarmiento público sino que “*buscar que [el trasgresor] recupere su lugar en la comunidad*”²⁹⁵.

Por su parte, en esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado señalando que el derecho consuetudinario, junto a los valores, usos y costumbres de las comunidades que reivindican territorios es determinante para establecer un mecanismo adecuado para la “*delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad*”²⁹⁶.

²⁹⁰ Seguimos en este párrafo el trabajo de SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, [en línea], formato *pdf*, disponible en internet en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/11.pdf>.

²⁹¹ Sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996,, M. P. Carlos Gaviria Díaz

²⁹² Sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996, MP. Carlos Gaviria Díaz

²⁹³ *Ídem*.

²⁹⁴ *Ídem*.

²⁹⁵ Sentencia T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz

²⁹⁶ Corte Interamericana, Caso Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingí vs. Nicaragua* (2001), párr. 138.

e) El Convenio 169 en Chile: aplicabilidad y justicia

Recientemente el Estado de Chile -tras una larga dilación no exenta de polémica²⁹⁷- ratificó este importante Convenio que se constituye como el estándar mínimo de derechos de Pueblos Indígenas en el sistema internacional de los derechos humanos. Su importancia en nuestro sistema normativo no es menor, ya que obliga a los Estados Miembros a adecuar la legislación nacional en el plazo de 12 meses desde el depósito de su ratificación y luego a emitir una Memoria anual en que debe señalar detalladamente las medidas que el Estado a tomado para su implementación²⁹⁸. Así mismo, la Constitución de la OIT admite la presentación de denuncias por incumplimiento de los Convenios ante el Consejo de Administración ²⁹⁹.

²⁹⁷ La ratificación del Convenio 169 de la OIT fue parte de los compromisos adquiridos en 1989 en Nueva Imperial por el entonces candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia Patricio Aylwin ante representantes de la casi totalidad de organizaciones indígenas del país. En 1991 fue presentado ante el Congreso Nacional pero sólo fue aprobado por la Cámara de Diputados el año 2000. Ese mismo año, el Tribunal Constitucional determinó que la ratificación del Convenio 169 requería un quórum de cuatro séptimas partes (4/7) de los senadores en ejercicio. El 4 de marzo de 2008, por 36 votos a favor y 1 en contra fue ratificado este tratado internacional. Sin embargo, al aprobar el Convenio, se anunció un acuerdo entre la Comisión de RR.EE del Senado y el gobierno para agregar una “*declaración interpretativa*” que señalaba que el Convenio sólo sería aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraran vigentes, con la intención de excluir la aplicación de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de las NN.UU, que ya había sido firmada por Chile en septiembre de 2007 y que reconoce ampliamente los derechos territoriales y de autodeterminación de los pueblos originarios. Sin embargo dicho acuerdo no se vio reflejado en el texto de la ley aprobatoria que señala en su artículo único: “*Apruébese el 'Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes' adoptado en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989*”. Y no podía ser de otra manera, toda vez que la Constitución en su artículo 54 n° 1 establece que el Congreso puede aprobar o desechar los tratados internacionales que el Presidente le presente para su aprobación y sólo puede sugerir reservas o declaraciones interpretativas cuando ellas procedan en conformidad al derecho internacional o al propio tratado que se ratifica. En este caso, el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, prohíbe la utilización de un instrumento o de su respectiva ratificación para menoscabar derechos reconocidos de otro modo. Pese a ello, la Presidenta de la República incluyó en el depósito de la ratificación hecho en Ginebra el 8 de agosto de 2008 una referencia a un intercambio epistolar entre el ministro Viera Gallo y el director de la Oficina sub-regional de la OIT para el Cono Sur Guillermo Miranda. En esas misivas se discurría en torno al alcance del artículo 35 del Convenio, cuya lógica interpretación conduce a incorporar los derechos reconocidos en la DDPI al ordenamiento interno. Esto implicó una violación del citado artículo 19.8 de la Constitución de la OIT (opinión emitida por Bartolomé Clavero, Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Asuntos Indígenas, en representación de los estados de la Unión Europea, publicada en el diario electrónico El Mostrador el 30 de septiembre de 2008). La OIT exigió un nuevo depósito en que se limitara a efectuar la ratificación, el cual fue efectuado el 15 de septiembre de 2008. A partir de 12 meses contados desde esa fecha, el Convenio 169 entre en plena vigencia en Chile.

²⁹⁸ GÓMEZ, Magdalena, *op. cit.*, p. 134. Dicha memoria es puesta en conocimiento de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativas del país para que informen. De ahí pasa al Comité de expertos, que en caso de incumplimiento grave, puede hacer una observación pública.

²⁹⁹ Artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT.

Durante el largo tiempo que tomó su ratificación, el Tribunal Constitucional se pronunció en dos oportunidades acerca de su cabida en nuestro ordenamiento jurídico, sentencias que revisaremos a continuación. En cualquier caso, el Convenio de Viena sobre tratados internacionales es explícito al señalar que las partes de un tratado no pueden invocar disposiciones de derecho interno como justificación de su incumplimiento (art. 27). Así mismo, la aplicabilidad del Convenio 169 en nuestro ordenamiento se refuerza a partir del principio de interconexión, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, consagrado en el artículo 29.b de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que no se puede interpretar la Convención limitando “*el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”.³⁰⁰

De esta manera, el Convenio 169 resulta plenamente aplicable en Chile, no sólo por contener norma de derecho internacional consuetudinario si no que a partir del 15 de septiembre de 2009 será exigible en orden interno, pues entra en plena vigencia. Además, a través de éste y en virtud de su artículo 35, las disposiciones de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas ingresan también al *bloque constitucional* de derechos fundamentales que limitan el ejercicio de la soberanía en nuestro ordenamiento jurídico. Determinada esta cuestión, cabe preguntarse por la forma en que sus disposiciones pueden ser exigidas ante los tribunales de justicia, esto es, si se trata o no de normas autoejecutables.

e) El Convenio 169 de la OIT ante el Tribunal Constitucional y la cuestión de la autoejecutabilidad.

El proyecto de aprobación del Convenio 169 ingresó a la Cámara de Diputados en 1991 como parte del cumplimiento de los acuerdos de Nueva Imperial. En abril del año 2000 fue aprobado en este órgano colegislador por 72

³⁰⁰ GÓMEZ, Magdalena, *op. cit.*, p. 145.

votos a favor, 2 en contra y 11 abstenciones. En julio del mismo año fue presentado un requerimiento de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por un grupo de 31 diputados de la Alianza por Chile. En su requerimiento solicitaron que el Tribunal declarara inconstitucional el Convenio tanto por razones de forma, como de fondo. En relación a las primeras, esgrimieron que algunas normas del Convenio tocaban materias orgánicas constitucionales y que por lo tanto su aprobación requería de quórum de 4/7 para su aprobación, cuestión que fue desechada por el Tribunal, toda vez que si bien existían normas de ese carácter, el margen de aprobación del instrumento superaba con creces el quórum establecido³⁰¹.

En los razonamientos relativos a la cuestión del quórum, el Tribunal Constitucional realizó una importante afirmación al establecer que el artículo 7.1 del Convenio -que dispone que *“dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*- se tratar de una norma auto-ejecutable *“como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada”*³⁰². Esto significa que una vez ratificado el instrumento esta norma pasa a incorporarse de pleno derecho en el ordenamiento jurídico y puede ser invocada directamente por los titulares del derecho que reconoce. El Tribunal se explaya señalando que esto modifica la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, *“pues establece la obligación de participar a los pueblos indígenas en una función propia del gobierno regional que en el artículo 16, letra a), de la señalada ley se entrega a dicho gobierno sin limitaciones”*³⁰³. En el mismo sentido, el Tribunal afirma que el artículo 6.1, letra a) del Convenio que ordena consultar a los pueblos interesados respecto de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles, también es una norma de aplicación directa, por lo que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional haciendo

³⁰¹ El Tribunal además estableció que en los casos en que tratados internacionales contengan normas de diversa naturaleza, la corporación deberá aprobar cada norma con el quórum que le corresponda y una vez logrado aquello debería aprobarse en su totalidad con quórum simple. Si alguna norma no alcanza el quórum establecido, el tratado debe entenderse rechazado en su totalidad (Considerando 25°)

³⁰² Fallo Tribunal Constitucional (en adelante FTC), n° 309 del 4 de abril de 2000, consultado línea <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/310> el 19 de enero de 2009, Considerando 6°

³⁰³ FTC n° 309, Considerando 6°.

obligatorio a las comisiones legislativas consultar a los pueblos indígenas en la tramitación de una ley que les afecte, lo cual es perfectamente extensible a los procedimientos administrativos³⁰⁴. Señaló además el Tribunal que dichas consultas no eran vinculantes en sentido estricto, pero sí en tanto deben hacerse de buena fe *“con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”*, como lo establece el artículo 6.2 del Convenio. De esta manera se confirma la tesis sustentada por parte de la doctrina constitucional en cuanto a que *“desde el momento en que rige un tratado, se incorpora su contenido al ordenamiento jurídico interno y se deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él”*³⁰⁵.

En cuanto a los argumentos del fondo, los requirentes sostuvieron que el Convenio era completamente inconstitucional pues violaba las bases de la institucionalidad al reconocer *“a los pueblos indígenas o tribales de nuestro país como sujetos jurídicos de derecho público”*³⁰⁶, violentando de esta manera el artículo 5 de la CPR en tanto establece que *“ningún sector del pueblo puede atribuirse su ejercicio [el de la soberanía]”*³⁰⁷. Sostuvieron los diputados requirentes que además, varias disposiciones específicas del Convenio resultarían inconstitucionales como las relativas a la jurisdicción penal indígena (arts. 9 y 10); las relativas al derecho a la propiedad de las tierras tradicionales y sus recursos naturales (art. 14 y 15) .

Respecto de la primera cuestión el Tribunal razonó señalando que era

³⁰⁴ FTC, n° 309, Considerando 7°.

³⁰⁵ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 121.

³⁰⁶ Fallo Tribunal Constitucional n° 309, p 4. Esta afirmación evidencia el infundado temor de la clase política chilena a reconocer el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, toda vez que lo asocian indisolublemente con la secesión. No parecen capaces de visualizar una concreción diferente de este derecho, dentro del marco estatal, como lo han venido planteando las organizaciones indígenas desde hace décadas. Esta estrechez de perspectiva evidencia el agotamiento de la elite chilena en su capacidad de asimilar las nuevas condiciones históricas y de practicar nuevas formas de cooptación. Como sugiere HOBBSBAUWM: *“Lo que ponen en duda los escépticos es la supuesta imposibilidad de resistirse al deseo de formar estados-nación homogéneos, así como la utilidad tanto del concepto como del programa en el siglo XXI. Incluso en regiones donde cabría esperar que la clásica aspiración a formar estados nación independientes fuera fuerte, la devolución de poderes o la regionalización ha adelantado a ella, o incluso la ha anulado”*. (HOBBSBAWM, Eric, *op. cit.*, pp. 197).

³⁰⁷ Además denunciaban como vulnerados los artículos 1°, 62° a 72° y 102° de la CPR:

necesario determinar el alcance de la expresión “*pueblos indígenas*”, para establecer si el Convenio les otorga potestades públicas propias, más allá del derecho a participar y a ser consultados. Si la respuesta fuera afirmativa el instrumento sería inconstitucional “*pues se estaría creando una especie de nuevo Estado dentro del Estado de Chile*” -señaló el Tribunal³⁰⁸. Sin embargo, el Tribunal resolvió que Convenio utilizaba el termino pueblos en el sentido de

*un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas... Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado.*³⁰⁹

Además estableció que las normas del tratado que podrían ser incompatibles con la Carta fundamental eran de naturaleza no *autoejecutable*, y que por lo tanto no podrían ser inconstitucionales por sí mismas, sino solo cuando se las pretendiera ejecutar a través de una ley o reglamento que transgrediera la Constitución. Por estas razones el Tribunal Constitucional estableció que el Convenio 169 no adolecía de inconstitucionalidad general, aunque dejó abierta la puerta para rebajar el estándar internacional por la vía del control de constitucionalidad de la legislación adecuatoria.

Respecto de la cuestión de la jurisdicción penal, el Tribunal señaló el artículo 9 n° 1 del Convenio podría ser incompatible con el sistema jurídico nacional, ya que al disponer que “*deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*”, vulneraría el artículo 73 que señala que “*la facultad de conocer las causas... criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los **tribunales establecidos por ley***”. Además violaría la garantía fundamental del artículo 19 n° 3 relativas al debido proceso. Sin embargo, el propio tribunal descarta este argumento por cuanto el propio Convenio establece que la norma en análisis se aplica “*sólo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado*”³¹⁰. En cuanto al n° 2 del artículo 9 relativo a la aplicación de la costumbre en materia penal,

³⁰⁸ FTC, n° 309, Considerando 34°.

³⁰⁹ FTC, n° 309, Considerando 44°.

³¹⁰ FTC, n° 309, Considerando 53°.

reconoce su carácter imperativo, pero establece que es plenamente compatible con la legislación procesal penal en tanto la costumbre constituye un criterio que el juez deberá tomar en cuenta para decidir el caso.

Los artículos 14 y 15 serían considerados programáticos (no auto-ejecutables), y por lo mismo constitucionales, en tanto importan un mandato al Estado de hacer las reformas pertinentes dentro del marco de sus propio ordenamiento jurídico³¹¹.

El segundo control preventivo de constitucionalidad se llevó a cabo como consecuencia de la reforma constitucional de 2005. Esta agregó en el artículo 93 n°1 de la CPR el control obligatorio *ex ante* de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánico constitucionales e interpretativas de la constitución. Así, tras la aprobación del Senado, la Cámara de Diputados envió al Tribunal Constitucional el proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio 169 para una nueva revisión. En esta ocasión el Tribunal se centró en la cuestión de la constitucionalidad del derecho a la consulta establecido en los artículo 6.2 y 7 del Convenio. Después de revisar las normas constitucionales y legales que regulan la administración nacional, regional y municipal, el TC reiteró la conclusión de su fallo anterior en torno a que las disposiciones citadas del Convenio regulan materias reservadas por la Constitución a leyes orgánicas constitucionales, en cuanto *“pueden obligar a que, en la tramitación interna de leyes, resulte obligatorio a las comisiones legislativas llevar a cabo consultas que, hasta la fecha, eran puramente facultativas”*. Lo mismo en cuanto puede *“hacer obligatorio consultar ciertas materias a los consejos regionales y contemplar modos de participación en el ámbito municipal”*³¹². En el inciso siguiente señala que la consulta *“no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía”* y la forma en que se aplique la consulta *“tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante”*³¹³. Luego afirma que este derecho *“constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará*

³¹¹ FTC n° 309, Considerandos 65° al 73°.

³¹² Tribunal Constitucional, fallo rol 1050-2008, considerando 12°.

³¹³ *Ídem*, considerando 13°.

*vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece*³¹⁴. Termina señalando que las normas analizadas no violentan el principio de igualdad oportunidades pues se trataría de una discriminación positiva que establece un mecanismo de participación no vinculante³¹⁵.

Como puede apreciarse, el TC omite absolutamente en sus pronunciamientos cualquier referencia al derecho internacional de los derechos humanos. Pese a ello, acierta al considerar las normas sobre derecho a la consulta como *autoejecutables*, pero al prescindir de un análisis sistemático de los derechos fundamentales incorporados al bloque de constitucionalidad por el artículo 5° inciso segundo, desconoce *a priori* su carácter vinculante. Es de esperar que cuando sea llamado a revisar los ajustes institucionales y normativo que el Convenio implicará, considere el límite a la soberanía que el propio constituyente ha establecido como respeto a los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, entendidos éstos en el sentido democrático propuesto por RUIZ-TAGLE, esto es como “*aquellos derechos y libertades beneficiados con la protección constitucional o internacional*”.³¹⁶

5. Jurisprudencia Internacional e Interamericana

a) Desarrollo jurisprudencial³¹⁷

Antes de la Declaración Universal de Derechos de Pueblos Indígenas e incluso antes del Convenio 169 de la OIT -el único instrumento internacional

³¹⁴ *Ídem*, considerando 14°.

³¹⁵ *Ídem*, considerando 15°.

³¹⁶ RUIZ-TAGLE, Pablo, *op cit.*, p. 13.

³¹⁷ Respecto de la jurisprudencia interamericana, seguiremos de cerca nuestro trabajo realizado en colaboración con los investigadores del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas Karina GONZÁLEZ P. y Rubén SÁNCHEZ CURIHUENTRU titulado *Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”*. *Paradigma de la negación estatal de la territorialidad mapuche*, documento de trabajo n° 6, Observatorio de Derechos de los Pueblos indígenas, Temuco. Puede revisarse en línea en <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20080425111514>

referido a la materia por muchos años-, los tribunales internacionales ya habían reconocido los derechos tanto de los indígenas como de sus comunidades y pueblos, a partir de las declaraciones de derechos humanos vigentes en el sistema internacional.

En el ámbito de NN.UU el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, su ya citado artículo 27 ha permitido proteger el territorio ancestral indígena y las religiones y tradiciones culturales de los pueblos indígenas³¹⁸. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a situaciones en que se ha denunciado la violación de dicho artículo. Así por ejemplo, en el caso denominado *Ominayak y el Grupo del Lago Lubicon contra Canadá* se determinó en 1990 que *"los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen los derechos de las personas, en comunidad con otros, para comprometerse en actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen"*³¹⁹. El Comité reconoció que la subsistencia y actividades económicas tradicionales de los pueblos indígenas son parte integrante de su cultura, y que la interferencia con esas actividades, en ciertos casos, podía ser perjudicial para su integridad cultural y supervivencia.

También la mencionada Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sido utilizada para proteger los territorios indígenas de legislaciones nacionales que los desconocen³²⁰.

Sin perjuicio de esto, es en el sistema interamericano de derechos humanos fundado en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1947* y *Convención Americana de Derechos Humanos de 1969*, donde encontramos el desarrollo más rico de estos derechos, y donde concentraremos la atención de nuestro estudio.

³¹⁸ Recordemos que dicho precepto establece que "[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma."

³¹⁹ *Ominayak*, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá, Comunicación No. 167/1984, Doc. O.N.U. CPR/C/38/D/167/1984 (dictamen de 26 de marzo de 1990), Párr. 32.2

³²⁰ ÍANAYA, James, *Los derechos...*, p. 44

El proceso de recepción de los derechos de los pueblos indígenas en este ámbito ha sido largo y ha pasado por diversas etapas³²¹. Durante los años 70's, en un periodo que ha sido identificado como *tardo indigenista*, la Comisión Interamericana intervino en casos esclavitud y genocidio en Paraguay basada en "*razones históricas y principios morales*", pero omitió considerar los derechos colectivos en juego y se limitó a exigir el respeto de los derechos individuales implicados. Paralelamente, la Comisión Interamericana señaló la obligación por parte de los Estados de proteger las tierras indígenas por el derecho a la propiedad indígena (caso *guahibos vs. Colombia*, 1970). En 1985, basada en el derecho a la vida, libertad, residencia y tránsito, salud y bienestar contenidos en la *Declaración Americana de Derechos Humanos*, recomendó delimitar el Parque *Yanomani* para asegurar el hábitat de 1200 *yanomani* en unas 9 millones de hectáreas. A finales de la década de los 80's, la Comisión interpretó que el derecho a la vida de los indígenas de la Amazonia ecuatoriana se encontraba amenazado por la actividad petrolera en la región, en virtud de la relación de aquellos con la tierra³²². Un poco más tarde, recomendaría en el caso de los *miskitos* de Nicaragua el diálogo para la elaboración de un estatuto administrativo especial para la administración de las tierras indígenas, pero evitando cualquier alusión al derecho a la autodeterminación³²³. En 1989, la Asamblea de la OEA aprobó la idea sugerida por la Comisión Interamericana de preparar un proyecto de declaración en la materia. En 1990, se creó la figura de un Relator Especial para asuntos indígenas, para presentar en 1997 el primer borrador del proyecto y abrir el proceso de discusión y consulta en el marco del Grupo de Trabajo dependiente del Consejo Permanente de la OEA, con la presencia de pueblos y organizaciones indígenas³²⁴.

Con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas tomó fuerza en el sistema interamericano, entrando en una nueva etapa caracterizada por el reconocimiento de sus derechos como pueblos. Particularmente importante a este respecto resultó la

³²¹ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *El sistema interamericano...*, p. 160.

³²² ANAYA, James, *Los derechos...*, p. 47.

³²³ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *El sistema interamericano...*, p. 162.

³²⁴ *Ídem*, pp. 162ss

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el año 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a luz a la sentencia del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni de la Costa Atlántica vs. Nicaragua (2001)*, la cual marcará un antes y un después en la jurisprudencia interamericana en relación a los derechos de los Pueblos Indígenas, y particularmente su derecho al territorio vinculado a su derecho a la supervivencia cultural, desde un entendimiento *evolutivo* de la garantía de la propiedad sobre la tierra. A partir de aquella, las siguientes sentencias de la Corte relativas a derechos de Pueblos Indígenas, han continuado desarrollando el contenido de estos derechos.

En el citado caso, la Corte reconoció la estrecha vinculación de los pueblos originarios con sus territorios en el sentido que apuntamos en la segunda parte de este trabajo:

*Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; **la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras***³²⁵.

A partir de esta constatación, declaró la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, **aun a falta de título**, para que se les

³²⁵ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua (2001), párr. 149. En el mismo sentido, la sentencia del Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005) establece que “[l]os Estados deben tener en cuenta que **los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural**” (párr. 146). La **negrita** es nuestra.

reconozca la propiedad sobre ella³²⁶. Para ello la Corte se fundó en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humano que establecen el deber de los estados de hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención, pues Nicaragua no había ratificado el Convenio 169 de la OIT. La Corte vinculó este deber a la garantía establecida en el artículo 21 sobre la garantía de la propiedad entendida como derecho de toda persona a usar y gozar de sus bienes y señaló que ésta “*protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal*”³²⁷.

De esta manera, la Corte hizo lo que ha llamado ella misma una interpretación evolutiva³²⁸, incorporando el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad comunal dentro de la garantía señalada. En otras palabras, la Corte reconoció la propiedad ancestral indígena y la fundó no en el reconocimiento oficial del Estado sino en el uso y posesión tradicionales que de ellas tuvieren los pueblos indígenas³²⁹.

Por otra parte, la Corte estableció el sentido autónomo de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, en relación al significado que aquellos puedan tener en el derecho interno, reafirmando de esta manera los principios de la Convención de Viena en orden a que no puede invocarse el derecho interno para soslayar la aplicación de un tratado vigente³³⁰.

En sentencias sucesivas la Corte ha agregado que “*la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus **territorios tradicionales** y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los*

³²⁶ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo)*..., párr. 151.

³²⁷ *Ídem*, párr. 148.

³²⁸ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tinggi vs. Nicaragua* (2001), párr. 146; *Yake Axa*, párr. 125

³²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *op. cit.*, p. 189.

³³⁰ Señaló la Corte que “[l]os términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales” (párr. 146).

elementos incorporales que se desprendan de ellos, **deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana**³³¹. O sea, la Corte ha reafirmado que la protección del derecho de propiedad en el sistema interamericano –y por extensión en nuestro propio derecho interno- incluye la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales y sus recursos naturales. Señaló la Corte que,

*“[d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”*³³²

Por lo mismo, restringir el alcance de la garantía señalada, implica poner en jaque la supervivencia de los indígenas como pueblos organizados. En este sentido la Corte ha dicho en el caso *Yake Axa* que:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.³³³

Y continúa la Corte señalando que ,

la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra³³⁴.

³³¹ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr.137. En el mismo sentido pero aludiendo a las tierras tradicionales ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr. 121. En todos los casos la **negrita** es nuestra.

³³² Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), pár. 120.

³³³ Corte Interamericana, Caso *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr. 147.

³³⁴ *Ídem*, párrafo 120 letra c. La **negrita** es nuestra.

En este sentido, la Corte ha especificado el alcance de la obligación estatal para con los pueblos indígenas derivada del artículo 21 de la Convención, señalando que,

*[la] protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención... le asigna a los Estados la **obligación positiva de adoptar medidas espaciales** para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que usado y ocupado tradicionalmente... [las concesiones revocables] que **transmiten derechos de uso limitado y restringido...no representan un reconocimiento adecuado** de los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad³³⁵.*

En la misma sentencia la Corte reconoce que el propio artículo 21 señala que el derecho a la propiedad puede limitarse en base a los intereses de la sociedad, siempre y cuando dichas restricciones “a) *hayan sido previamente establecidas pr ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en sociedades democráticas... y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo*”³³⁶. Para garantizar que las eventuales restricciones al derecho de propiedad no impliquen amenaza a la subsistencia, es necesario que el Estado asegure la participación efectiva de los miembros del pueblos indígenas en conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo el plan de desarrollo que pueda afectarles. Además debe garantizarles que se beneficien razonablemente de dichos planes -como forma de indemnización a la privación de uso y goce de su propiedad³³⁷- y que no se realice ninguna inversión sin antes haber efectuado un estudio de impacto social y ambiental³³⁸. Es más, la Corte ha invocado el derecho al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas consagrado en el artículo 32 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, cuando se trate de “*planes de desarrollo o inversión de gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio*”³³⁹. En la sentencia de interpretación del Caso *Saramaka vs. Paraguay*, la Corte estableció que “es el

³³⁵ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párrafos 91 y 113. La **negrita** es nuestra.

³³⁶ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 127 y 128.

³³⁷ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 139.

³³⁸ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 129.

³³⁹ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 131 y 134.

*pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal*³⁴⁰.

Por otra parte, la Corte ha sostenido la especial conexión de los indígenas con sus territorios que justifica la protección del derecho de propiedad sobre éstos, alcanza también a los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio, pues de otra manera “*el derecho a usar y gozar de su territorio carecería de sentido*”³⁴¹. De la misma manera estableció que el derecho al territorio incluye “*administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales*”³⁴².

Al hacer esta interpretación evolutiva del derecho de propiedad, se pone en cuestión la simple aplicación de las normas civiles sobre la posesión y la propiedad cuando se trata de tierras indígenas. Así por ejemplo, respecto al derecho de recuperación de sus tierras, la Corte señala que mientras los pueblos indígenas sigan sustentando su identidad espiritual y material en su relación con la tierra, mantendrán su derecho a la reivindicación de sus tierras, más allá de la aplicación de los plazos de prescripción de las acciones reivindicatorias del derecho común. La Corte lo expresa así:

*El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. **Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá... Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales***

³⁴⁰ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam*, Interpretación de la sentencia (2008), párr. 19.

³⁴¹ Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 122.

³⁴² Corte Interamericana, Caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), párr. 194 c).

*ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.*³⁴³

De la misma manera, la Corte ha sido consistente con toda la argumentación anterior al reconocer el derecho de propiedad que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios, aun en los casos en que han sido despojados, habiendo perdido la posesión sin su consentimiento. Señala la Corte que:

*[L]os miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, **tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.***³⁴⁴

Aun en caso de que esas tierras se encuentren en manos de terceros poseedores de buena fe, las comunidades indígenas mantienen el derecho a que “*se les devuelva sus tierras tradicionales, aún cuando éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de las mismas*”³⁴⁵. En caso que existan motivos objetivos y fundamentados que impidan proceder a devolverles sus tierras tradicionales a las comunidades indígenas,

*el Estado deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión*³⁴⁶.

Como se puede apreciar, la Corte -en atención a los derechos humanos en juego- prioriza la restitución de las tierras ancestrales usurpadas a las comunidades indígenas y sólo subsidiariamente autoriza a entregar otras tierras

³⁴³ Caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007), párr., 131. *La negrita es nuestra.*

³⁴⁴ CIDH, Caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2007), párr., 130. También párr 128.

³⁴⁵ *Ídem*, párr., 130. También párr. 135.

³⁴⁶ *Ídem*, párr., 130. También párr. 128.

de igual extensión y calidad de acuerdo con las propias comunidades. Esto porque según la misma Corte

la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.³⁴⁷

Por otra parte, la Corte ha aclarado que la falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de las tierras indígenas no constituye una excusa para los Estados en sus obligaciones emanadas del artículo 21 de la Convención Americana en relación al artículo 2 de la misma, por lo que deben superar estas dificultades en base a consultas con los pueblos interesados³⁴⁸.

De esta manera la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido una interpretación del derecho a la propiedad que incluye 1) el derecho a la propiedad comunal de los indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, incluyendo sus elementos incorporales y los recursos naturales presentes en ellas; 2) el derecho de los indígenas a reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados sin su consentimiento, mientras mantengan con ella sus vínculos particulares y subsidiariamente a obtener otras de igual valor con su consentimiento; 3) la ausencia de posesión material en sentido civilista no condiciona el derecho a recuperar sus tierras ancestrales; y 4) las dificultades para comprender el sistema de posesión de la tierra de las comunidades indígenas no constituyen un obstáculo insuperable para que los Estados cumplan con sus obligaciones. El mecanismo institucional que se establezca para hacer posible la restitución de las tierras antiguas a las comunidades indígenas debe tener en consideración estos elementos y por lo tanto, no puede depender de la voluntad del actual poseedor (caso del modelo chileno de Fondo de Tierras) ni de la productividad del predio reivindicado (modelo Paraguayo de

³⁴⁷ Corte Interamericana, *Caso Yake Axa*, vs. Paraguay (2005), párrafo 120 letra c

³⁴⁸ Corte Interamericana, *Caso Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 101.

expropiación de tierras agrícolas)³⁴⁹.

Por otra parte, la Corte ha ido más allá al fundar el derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales no sólo en el derecho a la propiedad entendido evolutivamente, sino como corolario de su derecho a la autodeterminación. De esta manera ha recogido los principios que fundan la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de NN.UU. En la sentencia de 2007 del Caso del Pueblo *Saramaka* vs. Surinam, recordó que el Comité de sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU ha establecido que el artículo 1 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a los Pueblos Indígenas y que

en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de ‘sus propios medios de subsistencia’³⁵⁰.

b) La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana³⁵¹

Ya hemos visto cómo el bloque internacional de derechos fundamentales de Pueblos Indígenas *se constituye en y constituye al* derecho consuetudinario internacional. En este sentido la Jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene valor general para los países que la integran, entre los que se encuentra Chile. Pero la fuerza vinculante de su jurisprudencia también se deduce de la necesidad de coherencia y unidad del sistema interamericano de derechos humanos, cuestión a la que nos referiremos a continuación.

La idea de que la Constitución Política vincula directamente a toda persona, institución y grupo -consagrada en el artículo 6° inciso 2° de la CPR

³⁴⁹ Corte Interamericana, Caso *Sawhoyamaya* vs. Paraguay (2007), párr., 135-141; en el mismo sentido Caso Comunidad *Yakye Axa* vs. Paraguay, párr. 97 y 98 y 143-151 (2007),

³⁵⁰ Corte Interamericana, Caso *Saramaka* vs. Surinam (2007), párr. 93.

³⁵¹ A continuación seguiremos en lo medular la argumentación vertida en FUENZALIDA, Sergio, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena*, en BELLO, Álvaro y AYLWIN, José, *op. cit.*, pp. 66-99.

chilena- es pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional³⁵². En base a ello, todos los órganos del Estado, incluyendo los tribunales de justicia, están obligados a respetarla y a **ejecutar fielmente sus mandatos y las normas creadas o incorporadas conforme a ella**. Esto incluye tanto las leyes emanadas conforme a los mecanismos que ella establece como aquellas producidas de acuerdo a procedimientos establecidos por la propia Constitución para validar e incorporar normas generadas fuera del ámbito interno, específicamente, aquellas provenientes del derecho internacional³⁵³. De esta manera, las reglas de derecho internacional una vez constitucionalmente ratificadas, pasan a integrar el sistema jurídico nacional no como normas aisladas sino trayendo consigo el conjunto de reglas relativas a su creación, validez, aplicación e interpretación, sin violar por ello el principio de *supremacía de la Constitución*, puesto que ha sido ella misma la que se ha remitido a las normas internacionales que le son indisponibles³⁵⁴. De hecho el constituyente, consiente de esta eventual tensión, ha establecido que tratándose de tratados internacionales que se refieran a derechos fundamentales -derechos que emanan de la *naturaleza humana* dice el constituyente chileno- se produce una limitación al ejercicio de la soberanía estatal, en virtud del artículo 5° inciso 2° de la propia Constitución, que impide tanto al constituyente como a los poderes constituidos eliminar los derechos humanos reconocidos y sus garantías ya incorporadas³⁵⁵. O sea, estos tratados no obligan al Estado solo frente a su contra parte, sino principalmente actúan a nivel interno, ya que se fundamentan en el interés común de los Estados en el respeto a dichos derechos y no en los intereses particulares de los estados contratantes, conformando así un *orden público internacional*³⁵⁶. El principio de

³⁵² Al respecto puede consultarse, además de la bibliografía citada por el Sergio Fuenzalida, los siguientes trabajos: JARA SCHNETTLER, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libro Mar, 2004; el artículo de PFEFFER, Emilio, *La nulidad de derecho público; tendencias jurisprudenciales*, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, [57], 2005; PIERRY, Pedro, *Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en Revista Derecho - Concejo de Defensa del Estado de Chile, [10], 2003, p. 9-24. Además puede revisarse la jurisprudencia reciente más relevante, en particular Torres con Fisco (Casación en el Fondo, 2004), Adwandter con Fisco (Casación forma y fondo, 2004) y Radio del sur con Fisco (Casación en el Fondo, 2004)

³⁵³ FUENZALIDA, Sergio, *op. cit.*, pp. 68s.

³⁵⁴ FUENZALIDA, Sergio, *op.cit.*, pp. 69ss.

³⁵⁵ NOGUEIRA, Humberto, *Dogmática Constitucional*, citado en FUENZALIDA, Sergio, *op. cit.* p. 73.

³⁵⁶ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 123. En el mismo sentido de que el derecho internacional crea derechos que vinculan directamente a las personas SALINAS, Hernán, *Los tratados internacionales ante la reforma constitucional*, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de

buena fe en el cumplimiento de los tratados y el de finalidad en su interpretación, obliga a entenderlo de este modo.

De esta manera, cuando un tribunal nacional va a resolver un asunto en que se ve involucrada un precepto contenido en el derecho internacional vigente en el ordenamiento jurídico interno, **debe, por mandato constitucional, aplicarlo e interpretarlo conforme a las reglas del derecho internacional**. En este sentido, Fuenzalida destaca que la Corte Interamericana ha sido explícita en este punto,

*[l]a Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, **el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**³⁵⁷.*

Todo esto se ve afirmado por el contenido del reformado artículo 54° inciso 6° de la CPR que refuerza la constitucionalización del derecho internacional al establecer que *“las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”*, por lo que la potestad de control del Tribunal Constitucional en relación a los tratados internacionales relativos a derechos fundamentales solo puede ser *ex-ante*, no ya *ex-post*³⁵⁸.

Chile, 2007, p. 492.

³⁵⁷ Corte Interamericana, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, pár. 124, consultado en línea el 12 de enero de 2009 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf]. El **destacado** es nuestro.

³⁵⁸ FUENZALIDA, Sergio, *op.cit.*, pp. 74.

De esta manera, es necesario sostener que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana obligan a todos los países parte (validez *erga omnes*) y no sólo a aquellos en que recae la sentencia específica (validez *inter pares*)³⁵⁹.

³⁵⁹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis, *op. cit.*, p 180; YRIGROYEN Raquel, *op. cit.*, p. 3

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

1.- La Constitución nacionalista de 1980 y la negación de la diversidad³⁶⁰

“[Chile] culturalmente es de una homogeneidad enorme. Los chilenos piensan y actúan igual en Arica y en Punta Arenas, todos hablan castellano, los idiomas de las etnias están en decadencia...una cultura avanzada se impuso a otra menos evolucionada”³⁶¹

-Sergio Villalobos. Premio nacional de Historia 1990-

“Nunca más un pequeño grupo de audaces contará con la tolerancia oficial para crear y practicar una filosofía de violencia, que pretenda separar la unidad de los nacidos en este suelo, que tiene un enseña común y un ancestro cultural e histórico, que forma el block monolítico de la chilenidad”³⁶²

-Augusto Pinochet-

“Entonces por eso a mí muchas veces cuando me han preguntado del asunto: 'y usted es chileno', yo digo: 'no, no soy chileno, soy mapuche', porque creo que eso muestra más claramente la realidad concreta que decir: 'si somos chilenos', y no somos tomados en cuenta”³⁶³ (sic)

-Declaración de un dirigente mapuche-

Desde el retorno a la generación democrática parcial de las autoridades

³⁶⁰ Tomamos la calificación de *nacionalista* para la Carta Fundamental de ANDRADE, Marco, *op. cit.*, pp.213-249.

³⁶¹ Declaraciones a los diarios “El Llanquihue” del lunes 15 de octubre de 2001 y a “El Mercurio”, del domingo 14 de mayo de 2002. Citado en FAUNDES PEÑAFIEL, *Op.cit.*, p. 307.

³⁶² Discurso pronunciado el 12 de octubre de 1973. Citado en ANDRADE, Marco, *op.cit.*, p.246.

³⁶³ GONZÁLEZ P., Claudio y SIMON W, *op. cit.*, p. 313.

de gobierno en 1990 se han intentado saldar las *deudas democráticas* de la Constitución heredada del régimen dictatorial. Entre los cotos autoritarios encontrábamos un Congreso intervenido mediante senadores designados y vitalicios; un sistema electoral *binominal* que distorsiona la representatividad; el papel autónomo de las Fuerzas Armadas por la inamovilidad de sus comandantes en jefe; el carácter de “*garantes de la institucionalidad*” de aquellas y la existencia de un Consejo de Seguridad Nacional controlado por militares; las excesivas limitaciones a los derechos fundamentales en los estados de excepción; la designación centralizada de las autoridades regionales y provinciales; la prohibición de acceder a cargos directivos superiores de partidos políticos para dirigentes sindicales y gremiales; y la falta de reconocimiento de los pueblos originarios como preexistentes al estado chileno, ni siquiera como integrantes de la sociedad chilena. Junto con ello, la Constitución consagró la iniciativa privada, libertad económica, la subsidiariedad estatal y la propiedad privada como principios rectores de la actividad económica³⁶⁴. Aunque dichos conceptos pueden ser interpretados desde diferentes puntos de vista, han sido entendidos y aplicados como una suerte *orden público económico*³⁶⁵. Esto ha servido para implementar un modelo de crecimiento hacia afuera fundado en la *teoría de las ventajas comparativas*, lo cual ha implicado una negación de la territorialidad indígena al privarlos del acceso y control sobre sus recursos naturales, entregados a la explotación extensiva por parte de los grandes capitales³⁶⁶.

³⁶⁴ La subsidiariedad estatal como principio constitucional ha sido puesta en duda por parte de la doctrina, por no tener asidero en el texto constitucional, sino que únicamente en las actas de la comisión que la redactó (VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego, *Derribando Mitos sobre el Estado Empresario*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, pp. 135-156, 2008).

³⁶⁵ NAVARRO, Enrique, *El Recurso de Amparo Económico y su práctica jurisprudencial*, Revista de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 5, n° 2, 2007, p. 101. La idea de orden público económico ha sido definida como un conjunto de valores constitucionales que orientan el comportamiento y relación de los agentes económicos de manera que las personas puedan disfrutar sus garantías constitucionales en un marco de estatal (FERMANDOIS, Arturo, *El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980*, Revista Ius Publicum, n°4, 2000, p. 76.)

³⁶⁶ “Según esta teoría[de las ventajas comparativas], la estrategia económica óptima para cada nación coincide con la explotación de sus ventajas comparativas en los términos más eficientes posibles a través de la libre operación de la producción y de los mercados y la libre competencia entre los agentes productores (las empresas). De esta manera, la libre circulación de productos y de factores de producción a través de las fronteras estatales maximizará la eficiencia, permitiendo que los factores productivos se especialicen, combinen y localicen de modo de producir la mayor tasa de retorno posible. Mientras más amplio sea el mercado, más fuerte será la competencia, por lo que las empresas se verán forzadas a utilizar la tecnología más eficiente disponible, generando así mayor eficiencia productiva. De esta manera, según esta teoría, la mejor forma de alcanzar la felicidad del mayor

La primera reforma a la Constitución fue en 1989. Esta se llevó a cabo tras un plebiscito en que se aprobaron por amplia mayoría las reformas propuestas por los partidos políticos de la Concertación y la Derecha con lo que se dio comienzo a la transición. En esa oportunidad se hicieron 54 enmiendas a la Constitución, orientadas principalmente a establecer el pluralismo político, aumentar el número de civiles en el Consejo de Seguridad Nacional, dar mayor relevancia a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico del país, limitar el poder del Ejecutivo sobre algunas libertades personales y definir en cuatro años el período presidencial de *transición* y reducir a 6 años el periodo presidencial *normal*.

El segundo paquete de reformas fue en 1991 con la aprobación de las llamadas *Leyes Cumplido*, que eliminaron la negativa constitucional de dar indultos y libertades provisionales a condenados y procesados por delitos terroristas al transformar ese tipo de ilícitos en delitos comunes³⁶⁷. De allí en adelante hubo otras 15 reformas que trataron temas variados, como la duración del período presidencial, administración comunal, atribuciones del Poder Judicial, procedimientos para reformar la Constitución, etc. La penúltima vez fue con la Ley N° 19.876, respecto de la gratuidad de la educación media. El año 2005 se aprobó un paquete de 58 reformas, que es la mayor modificación que se ha hecho a la Constitución de Pinochet. En el proyecto se incorporaba el reconocimiento a los pueblos indígenas, pero a la postre no prosperó, discusión que revisaremos en el siguiente capítulo.

*número, sería creando un mercado global. Por su parte las ventajas comparativas están determinadas por las capacidades naturales de cada economía. Así un país con abundancia en mano de obra en relación al capital se abocará a la producción de bienes que requieran de mano de obra intensiva (caso de China). A la inversa, si se tienen más ahorros en relación a la mano de obra la producción deberá especializarse en bienes de capital intensivo (caso de Japón). Si lo que abundan son los recursos naturales, se debe abocar la producción a la explotación intensiva de estos (caso de Chile). Así cada economía concurre al intercambio en el mercado global con los productos más eficientemente producidos” [MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, (2007), *El Racismo Ambiental en Chile*, Revista Historia Social y de las Mentalidades, USACH, Dossier: Pueblo mapuche: derechos colectivos, año XI (1).*

³⁶⁷ El artículo único de la Ley 19.055 de 1991, reemplazó inciso tercero del artículo 9° de la CPR que prohibía la amnistía, el indulto y la libertad provisional en los procesos por delitos terroristas por el actual que dice que “[l]os delitos [terroristas a] que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”. Recordemos que de acuerdo al artículo 32 N° 14 de la CPR es atribución especial del Presidente de la República otorgar indultos particulares.

Como puede apreciarse, varios de los enclaves autoritarios heredados del origen *antidemocrático* de la Constitución han sido corregidos en mayor o menor medida. Por su parte, la *constitución económica* de la dictadura ha sido dejada intacta hasta la fecha. Nada se ha avanzado en relación al reconocimiento de la diversidad *etnocultural* ni mucho menos en el ejercicio de los derechos autonómicos de los pueblos indígenas.

A continuación revisaremos el primer capítulo de la Carta Fundamental, relativo a las Bases de la Institucionalidad, donde,

el constituyente ha procurado sintetizar los aspectos más trascendentales de lo que cabe calificar -siguiendo el lenguaje de Georges Burdeau- como la idea de derecho que pretende configurar, a fin de que los demás preceptos aparezcan lógicas concreciones particulares, en relación a la materia específica a que ellos se van refiriendo, de las deducciones que derivan necesariamente de la inspiración esencial que anima la Carta Fundamental³⁶⁸.

En otras palabras, esta parte se constituye como el fundamento filosófico jurídico desde donde se construye el edificio constitucional. Por lo tanto, es aquí donde debe comenzar el estudio de las posibilidades que ofrece la Constitución para el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los Pueblos Originarios. En análisis de los demás capítulos de ésta que resultan relevantes para la materia en cuestión -como el relativo a los derechos y deberes constitucionales y los de Gobierno y Administración se dejaron para estudios venideros.

Si bien como veremos, los pueblos indígenas no son considerados expresamente como sujetos colectivos capaces de *autodeterminarse*, e incluso, se omite absolutamente cualquier reconocimiento de su existencia, creemos que es posible encontrar dentro del mismo cuerpo normativo algunos elementos que nos permiten proyectar la recepción del *bloque internacional* de derechos fundamentales de pueblos indígenas. Es importante señalar que en la determinación del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales que

³⁶⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.17.

se analizarán, se tendrán en cuenta dos criterios hermenéuticos que el propio Tribunal Constitucional ha tenido como rectores para el control de constitucionalidad³⁶⁹. El primero es el *principio de presunción de constitucionalidad* según el cual se presumen válidas las normas aprobadas por los Poderes del Estado, salvo cuando resulte imposible armonizarlas con la Constitución. El segundo es el *principio de interpretación conciliatoria* que obliga al hermeneuta a hacer todos los esfuerzos necesarios para compatibilizar las normas de un tratado internacional con los preceptos constitucionales. Advertimos al lector que corremos el riesgo de tener que forzar la Constitución hasta casi caricaturizarla en este intento de armonizarla con los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, propósito tan alejado de los ideales de la dictadura que le dio origen.

Por último señalar que en aquellos casos en que la armonización no sea posible, es necesario preferir las normas relativas a derechos fundamentales, sean que estuvieren contenidas en la propia Constitución, en el Tratado Internacional o en ambas, cuando éstas colisionen con otros preceptos constitucionales. Esto, habida cuenta del mandato contenido en el tantas veces citado artículo 5° inciso segundo de la CPR que establece a los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” como límite a la soberanía estatal, lo que incluye también al poder constituyente³⁷⁰, en cuanto la ratificación de tratados de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de modificación de la Constitución³⁷¹. En este sentido, la reforma del artículo 5° que agregó el inciso 2° citado,

modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”³⁷².

³⁶⁹ FTC n° 309, Considerando 1°

³⁷⁰ NOGUEIRA, Humberto, *Dogmática Constitucional*, citado en FUENZALIDA, Sergio, *op. cit.* p. En el mismo sentido y agregando que “*sólo puede mejorar la situación de los derecho y sus garantías...n o pudiendo nunca afectar la esencia o substancia de los derechos asegurados*”, VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 129s.

³⁷¹ VERDUGO, Mario, y otros, *Derecho Constitucional, Tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 126

³⁷² MEDINA, Cecilia, *El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico*

Es más, desde una perspectiva *iusnaturalista* consecuente, por la vía de los tratados internacionales se,

puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes, por cuanto... el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que éstos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tolerarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el Poder Constituyente derivado...

En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5°, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, que es la que determina el derecho natural³⁷³.

Sin embargo, esta interpretación no es pacífica en la doctrina constitucional chilena. Pablo RUIZ-TAGLE sostiene que la idea del bloque de disposiciones constitucionales chilenas permite comprender

...que el rango constitucional no lo tienen los tratados, sino los derechos fundamentales que en ellos se contienen, los cuales sólo vendrán a ampliar o desarrollar los derechos ya establecidos en la Constitución y por tanto no constituirán un proceso de reforma constitucional distinto al establecido en los artículos 116 a 119 como se ha pretendido sostener³⁷⁴.

chileno, citado en SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.* p. 128.

³⁷³ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 127. Los autores continúan y señalan que en estos casos “*el órgano contralor de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o de menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos.* Las **negritas** son nuestras. En el mismo sentido PFEFFER, Emilio, *Los Tratados Internacionales...*, *op. cit.*, p. 478. Aunque el autor advierte que se trata de un planteamiento doctrinario que no ha tenido acogida en la práctica (pp. 480).

³⁷⁴ RUIZ-TAGLE, Pablo, *Constitucionalidad de los Tratados...*, p. 14. La idea de que lo elevado a rango constitucional es la jerarquía normativa de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales y no los tratados propiamente tales es compartida por NASH. Sin embargo, rebate la idea de que no constituyan un proceso de reforma constitucional. Señala el autor que “*no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o*

De todos modos, el efecto práctico es el mismo: estos derechos -constituyan o no procedimiento nuevo de reforma constitucional- limitan el ejercicio de la soberanía estatal.

La reforma constitucional de 2005 agregó una nueva atribución para el Tribunal Constitucional: ejercer el control constitucional sobre los tratados internacionales que versen sobre materias que correspondan a leyes interpretativas de la Constitución o de rango orgánico constitucional. Esta cuestión parece implicar la opción de subordinar los tratados a la Constitución. Sin embargo esto no puede ser cierto respecto de aquellos que contengan normas que “emanen de la naturaleza humana”, puesto que tienen una jerarquía diferente, otorgada en general por los principios constitucionales establecidos en las Bases de la Institucionalidad que pasamos a revisar, y específicamente por el ya citado artículo 5° inciso segundo.

a) Las Bases de la Institucionalidad

Libertad, Igualdad y Dignidad

La Constitución comienza señalando que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Al vincular la libertad y la igualdad con la dignidad de las personas esta solemne declaración,

*supone reconocer que todos los seres humanos tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, a organizar un plan de vida, y **buscar su felicidad sin que exista la posibilidad de imponer formas de vida o modelos de personalidad que se consideran más o menos valiosos según la Constitución chilena***³⁷⁵.

naturaleza de lo que se quiere modificar (NASH, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*, formato pdf, disponible en línea [http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-Unicef.pdf], 2003. p. 8 y 9.)

³⁷⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución de la Igualdad*, Borrador, Santiago (2002), pp. 220. La **negrita** es nuestra.

Esta idea se reafirma con el mandato contenido en el inciso 4° del artículo 1° que establece el deber estatal de “**contribuir a crear las condiciones sociales** que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, con pleno respeto a los derechos y garantías fundamentales³⁷⁶. Como ya vimos en un capítulo anterior de este trabajo, la libertad individual supone siempre un contexto de sentido desde donde significar la acción y elección individual³⁷⁷. La libertad e igualdad consagradas incluyen entonces el derecho a pertenecer y/o transitar libremente de una *cultura societal* (propia y/o elegida) a otra. Consecuentemente la Constitución obliga al Estado a promover y proteger las culturas desde donde ejercer estos derechos en tanto “*condiciones sociales*” que permiten la realización material y espiritual de las personas. Por eso RUIZ-TAGLE señala que la noción de dignidad personal “*podría ampliarse hasta comprender la obligación del Estado de promover la dignidad de las personas ...que no desean renunciar a su identidad como miembros de un pueblo originario indígena*”³⁷⁸.

Grupos Intermedios, Autonomía y Pueblos Indígenas

En el inciso segundo del mismo artículo se reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales -según se afirma- se organiza y estructura la sociedad. Así mismo, el Estado debe garantizar su autonomía para cumplir sus *propios fines específicos*. La Carta Fundamental no define a dichos grupos intermedios más allá de establecer su función -sus propios fines específicos- y posición -entre el individuo y el Estado -en la estructura socio política.

Por su parte, la doctrina los ha descrito como un ente colectivo revestido de características de unidad y permanencia que en determinada situación actúa tras ciertos objetivos³⁷⁹. Estos grupos serían titulares de derechos

³⁷⁶ Las **negritas** son nuestras.

³⁷⁷ Ver capítulo sobre la fundamentación liberal de los derechos de los pueblos indígenas

³⁷⁸ RUIZ-TAGLE, Pablo, *Op. cit.* p. 220.

³⁷⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 43 y 51..

fundamentales y en tanto el Estado los reconoce y ampara,

el ordenamiento jurídico les permite hacer valer en defensa de sus derechos todos los recursos y acciones que propendan a hacerlos efectivos, y así, por ejemplo, cuando el recurso de protección se otorga a “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales”...debe entenderse que también lo puede interponer un cuerpo intermedio, aun carente de personalidad jurídica³⁸⁰.

En este mismo sentido la jurisprudencia que ha reconocido estos derechos incluyendo a entidades sin personalidad jurídica. Así lo ha establecido la Corte Suprema,

*Los cuerpos intermedios de la sociedad que conforman entes de hecho, sin personalidad jurídica, han sido reconocidos en la Carta Fundamental en forma expresa. **Ellos tienen, en consecuencia, derechos en el plano constitucional, acordes con su peculiar naturaleza, por ejemplo de asociación, de reunión, de expresión, consustanciales a su existencia, derechos que pueden también verse amagados o conculcados**³⁸¹.*

La función *propia y específica* de los grupos intermedios es establecida por el propio grupo en ejercicio de la autonomía que la Constitución le reconoce. Sin embargo, la Carta no es explícita en señalar cuales son los límites de la autonomía reconocida y simplemente remite a la ley para establecer las sanciones que merezca el “*mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos*”³⁸². Ahora bien es necesario determinar cuál es el ámbito de legitimidad del ejercicio de esta autonomía para ver si cabe en ella la autonomía que a través de los instrumentos internacionales vigentes en Chile se les ha reconocido a los Pueblos Indígenas en nuestro ordenamiento.

En la visión *neoconservadora* de la Constitución, dicha autonomía nunca puede, so pena de sanción legal,

³⁸⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 48s. El **destacado** es del autor.

³⁸¹ Corte Suprema, 30 de junio de 1981. R. t 78, sec. 5ª, p. 72. La **negrita** es nuestra. Según RUIZ-TAGLE, la jurisprudencia ha sido contradictoria a la hora de establecer si estos grupos intermedios son o no titulares de derechos fundamentales. (RUIZ-TAGLE, Pablo, *op. cit.*, p. 220)

³⁸² Art. 23 CPR.

interferir en la dirección política del país, ni proyectarse en éste por otros medios que por aquellos que en forma directa o indirecta les sean entregados por la vía de la participación en la generación de algunos órganos estatales, o de la integración de otros con representantes de tales grupos, o de las consultas facultativas u obligatorias o, en fin, de las que de les permita como consumidores u usuarios de los servicios colectivos³⁸³.

Esta idea se puede fundar en la incompatibilidad que el propio artículo 23 de la CPR establece entre los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales y los de los partidos políticos, acorde con el entendimiento de los grupos intermedios como “*un vehículo insustituible de participación social en una comunidad libre*”³⁸⁴ pero que “*no deben...ellos planear ni perseguir objetivos que por su propia naturaleza deban quedar reservados a la esfera del Estado mismo o han sido confiados a éste por los preceptos pertinentes de la Constitución*” (sic)³⁸⁵.

Tomando en consideración la orientación político filosófica de la Comisión Constituyente, es posible que para ella los Pueblos Indígenas sean grupos intermedios³⁸⁶. Sin embargo es obvio que esta no pretendía atribuirles por este medio derechos autonómicos en el sentido reivindicado por aquellos y reconocido en el derecho internacional. Pero la historia fidedigna de la ley no es un criterio hermenéutico válido para determinar el sentido de aquella salvo cuando se trate de “*interpretar una expresión obscura*” y es aún más cuestionable cuando se tiene a la vista el carácter de comité designado por un gobierno *de facto* que tuvo la comisión constituyente. Por lo demás, darle una cabida excesiva implicaría restar flexibilidad y capacidad de adaptación a la norma constitucional, lo que terminaría a la larga socavando su necesaria estabilidad en tanto texto fundamental. Ahora bien, ¿pueden los Pueblos Indígenas ser considerados como cuerpos intermedios para efectos de ejercer

³⁸³ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 50. La **negrita** es nuestra.

³⁸⁴ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 50

³⁸⁵ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 51. La **negrita** es nuestra.

³⁸⁶ El artículo 34 de la Ley de Desarrollo Indígena 19.253 de 1993 señala en su inciso segundo que “*en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios*”. La **negrita** es nuestra.

su autonomía como concreción de la autodeterminación? La única orientación que da la Constitución respecto a los límites de la autonomía de los grupos intermedios está dada por la ya aludida incompatibilidad entre cargos gremiales y cargos en partidos políticos, lo que parece apuntar a una separación entre *poder político* y *poder social*³⁸⁷. Sin embargo, dicha distinción resulta en la práctica imposible, como lo reconoce el propio autor citado. En orden a intentar compatibilizar la Carta Fundamental con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, puede sostenerse que siendo la autonomía de los pueblos indígenas un derecho fundamental incorporado al *bloque constitucional* y por tanto límite a la soberanía estatal, su ejercicio en ningún caso puede estar fuera del sistema normativo³⁸⁸.

Estado Unitario y Pluralismo

El artículo 3° comienza señalando que Chile es un Estado Unitario. Esto podría identificarse como fuente de un monismo jurídico irreconciliable con el pluralismo realmente existente en tanto supone un único ordenamiento jurídico centralmente generado, aplicable a todas las personas. Sin embargo importantes constitucionalistas de nuestro medio han señalado que

[l]a calidad de unitario del Estado en nada pugna a que ciertas normas, por su particular razón y objetivo, no se refieran ni se apliquen a todos los miembros de la sociedad política, sino a quienes se encuentren en determinadas circunstancias... Tampoco se opone con el carácter unitario del Estado que ciertos mandatos puedan dictarse para que rijan únicamente sólo en una o varias porciones del territorio...³⁸⁹.

³⁸⁷ Esta distinción fue propuesta por el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz (sesión 9 página 6). Se trataría de reconocer la "*importancia* [de los cuerpos intermedios] y *trascendencia en la actividad de la sociedad* y queriendo sintetizar su fuerza colectiva, se ha definido ésta como poder social para distinguirla del poder político, en el que se comprende lo relativo a la configuración del bien general y a la creación y funcionamiento de órganos destinados a lograr tanto su consecución como la conquista e inspiración del aparato estatal" (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 47). *El destacado es del autor*. De esta manera, Guzmán buscaba la completa identificación del Estado -como monopolizador de la política- con la Nación, el cual ya no requiere de la voluntad popular para justificarse y sólo está limitado por el derecho natural (ANDRADE, Marco, *op. cit.* pp. 243s.)

³⁸⁸ Esta incorporación se da tanto por la ratificación del Convenio 169 que a través de su artículo 35 incorpora los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de NN.UUU como por los derechos a la libertad e igualdad consagrados en la propia Constitución interpretados de forma evolutiva.

³⁸⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 79. La **negrita** es nuestra.

De esta manera, el carácter unitario del Estado, elevado a la categoría de base de la institucionalidad, no resulta un obstáculo para el reconocimiento y ejercicio de los derechos autonómicos y territoriales de los pueblos originarios incorporados en nuestro ordenamiento jurídico.

En las reformas de 2005 a la Carta Fundamental se suprimió del artículo 3° la línea que establecía que el territorio nacional se dividía en regiones. El Estado sigue siendo unitario pero aparentemente se deja abierta la puerta para otorgar estatutos territoriales especiales, lo cual habría sido la motivación principal para promover esta modificación por parte del Ejecutivo. Sin embargo, la reforma agregó un tercer inciso al artículo: “*Los órganos del Estado promoverán la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas en que se divide el territorio nacional*”. De esta manera se incorpora la división territorial a las bases de la institucionalidad, con lo que cualquier modificación al respecto requerirá de 2/3 de los miembros en ejercicio del Congreso³⁹⁰. Por su parte el nuevo artículo 110 señala que “*El territorio de la república se divide en regiones y estas en provincias*”. Agrega que su creación, modificación y límites serán materia de Ley Orgánica Constitucional (quórum de 4/7 de los miembros de ambas cámaras)³⁹¹.

La incorporación de este deber de promoción de la regionalización es de interés para nuestro propósito de armonizar la Constitución con los derechos fundamentales de los Pueblos Originarios. El constitucionalista Humberto NOGUEIRA disertando ante la Comisión del Senado encargada de la reforma constitucional, señaló que el concepto de *regionalización* puede entenderse desde una perspectiva jurídico administrativa o desde una perspectiva política. En el primer caso esta se entiende como proceso de descentralización y/o desconcentración administrativa territorial, que es como se ha aplicado hasta

³⁹⁰ KANGISER, Pablo, SOTO, Sebastián, *Reformas Constitucionales: su tramitación en el Senado*, Serie Informe Legislativo n° 24, Instituto Libertad y Desarrollo, p.5. En línea http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_archivo_documentos_pdf.php?id_recorte=297&file=1 (consultado el 13 de diciembre de 2005).

³⁹¹ El artículo 110 en su inciso 2° permite la creación de regiones, posibilidad que no existían en el primitivo artículo 99.

ahora en nuestro país. En su segunda acepción nos encontramos con una connotación de naturaleza política,

*ya que se refiere a una agrupación humana asentada en un territorio, que presenta determinadas características comunes de orden geográfico, socioeconómico, de seguridad nacional, etc., y que es considerada **no sólo como un objeto de administración sino también como un sujeto responsable de su propio proceso de desarrollo.** Esta segunda visión, dijo, involucra una connotación de carácter político que implica la **autogeneración de sus propias autoridades**³⁹².*

Frente a esta posibilidad el senador de derechas Hernán Larraín señaló que la propuesta,

no propicia estructurar a las regiones como unidades con autoridades elegidas, y por tanto autogobernadas. Más bien [pretende]...la entrega de atribuciones, funciones y recursos a los organismos regionales actuales...aunque se eligiera a las autoridades regionales, no se resolvería el problema real que aqueja a las regiones que radica en su escaso desarrollo económico.³⁹³

Sin embargo, y más allá de las motivaciones originales del constituyente -que no pueden constreñir la hermenéutica constitucional como se señaló en un apartado anterior- es el sentido político de la voz regionalización apuntado por NOGUEIRA el que mejor se compatibiliza con la recepción y ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en particular su derecho a la autonomía y autogobierno³⁹⁴. De esta manera, el mandato del artículo 3° en

³⁹² Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 6 de noviembre de 2001, p. 81. La **negrita** es nuestra.

³⁹³ Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 6 de noviembre de 2001, p. 83 y 86).

³⁹⁴ La motivación de esta modificación se encuentra más bien en la idea de incorporar la idea de solidaridad en el desarrollo del país, profundizar el proceso de *regionalización* y permitir la creación de nuevas regiones antes que la de permitir nuevos ámbitos territoriales, como se puede constatar en los informes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. Las cuestiones disputadas tenían que ver con la incorporación o no de la mención a las provincias y comunas y el uso de la voz regionalización o descentralización en el entendido que la regionalización implicaría mayores grados de autonomía para los gobiernos regionales, e incluso la generación democrática de sus autoridades. Ver ICS 6-11-01, pp. 77-93. También Informe de las Comisiones en la página web de la Biblioteca del Congreso (http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_subarticulo=887&id_destaca=279) en particular el Primer Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (Cámara de Diputados) del 22 de junio de 2005 (ICDc, 22-6-05).

torno a la promoción estatal de la regionalización debe orientarse hacia el establecimiento de territorios indígenas autónomos, estructurándolos “*como unidades con autoridades elegidas, y por tanto autogobernadas*”, aun contra deseo del senador Larraín. Además debe respetarse las formas e instituciones que los propios pueblos indígenas se den de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

Nación, Soberanía y Pueblos Indígenas

“Los soberanos son los pueblos. Quien así no lo proclama como principio fundamental, queda rezagado en relación a las modernas constituciones. Es lo ocurrido con la Carta de 1980”³⁹⁵.

-Hernán Molina-

El artículo 5° de la Constitución establece que “*la soberanía reside esencialmente en la Nación*”, la que es ejercida por el pueblo a través de plebiscitos y elecciones periódicas y por las autoridades establecidas en la Constitución. El constituyente deposita la soberanía en un ente abstracto -la Nación- y luego entrega su ejercicio a dos sujetos distintos: el pueblo -reconocido por la recta doctrina como el único depositario de la soberanía³⁹⁶- y las autoridades. Al proponer esta solución hace un cruzamiento entre dos concepciones antagónicas: la soberanía nacional y la soberanía popular³⁹⁷, fundado en la preferencia de la Nación (histórica) sobre el Pueblo (elector)³⁹⁸.

³⁹⁵ MOLINA, Hernán, *Derecho Constitucional*, Universidad de Concepción, 1993, p. 54.

³⁹⁶ El acuerdo a este respecto es tal, que la propia Comisión Ortúzar propuso la siguiente redacción a la Junta Militar para el artículo en comentario: “***La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce directamente a través del plebiscito y las elecciones o mediante la delegación de su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece***”. La **negrita** es nuestra. Esta idea es compartida por los constitucionalistas *neoconservadores* como Alejandro SILVA BASCUÑAN (*op. cit.* pp. 93ss) o Hernán MOLINA (*op.cit.* p. 54). También la comparten VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA en VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 119s.

³⁹⁷ MOLINA, Hernán, *op. cit.*, 1993, p. 55.

³⁹⁸ Esta solución es justificada por la Comisión Ortúzar en función de que, “[la soberanía popular implica] una completa identificación entre el titular de la soberanía y el pueblo elector, el radicarla en cambio en la Nación enfatiza el concepto de que ***el ejercicio de la soberanía por el pueblo no puede desatender su vinculación con la realidad más profunda de la Patria... que está compuesta no sólo por los que aún no se incorporan a la calidad de ciudadanos... si no , además por ese eslabón de tantas generaciones que con su obra sucesiva han ido plasmando el alma nacional***”.(citado en SILVA

De esta manera la soberanía -radicada en la Nación- pasa a ser ejercida por el pueblo y por las autoridades, quedando ambas en una posición de igualdad jurídica, negando la obvia subordinación a la voluntad popular a la que debe quedar sujeta la autoridad pública en una República democrática, sea en forma directa y/o indirecta³⁹⁹. Esto resulta plenamente ajustado a la noción *neocorporativa* de Jaime Guzmán, quien consideraba como deseable

evita[r] la tendencia a considerar a las autoridades como mandatarios del pueblo, en circunstancia de que son sus gobernantes... quien gobierna no es un mandatario del pueblo, porque en tal caso debería hacer lo que quiere su mandante⁴⁰⁰.

La Nación no ha sido definida por el Código Político, pero ha sido conceptualizada en la doctrina como

aquella agrupación de personas, unidas por vínculos materiales y espirituales, que los hace tener conciencia de poseer caracteres comunes que les permiten diferenciarse de otros grupos nacionales, y en que los individuos manifiestan y demuestran tener la voluntad de conservar esos lazos de unidad⁴⁰¹.

Como puede apreciarse, el concepto de Nación que se maneja es perfectamente aplicable a los Pueblos Indígenas. Sin embargo, el constituyente reconoce una sola Nación depositaria de la soberanía, por lo que nuestro ejercicio de interpretación conciliatoria nos obliga a entender que la Nación puede estar compuesta por multiplicidad de Pueblos como parte de sus “*caracteres comunes que le permite diferenciarse*” del resto de las naciones. Sin embargo, esta posibilidad se ve cerrada porque al mismo tiempo, la Constitución reconoce un sólo Pueblo que ejercita la soberanía, excluyendo de esta manera a los Pueblos Indígenas del cuerpo político. De esta manera, la Constitución obvia la pluralidad de pueblos existentes en el territorio nacional negando así la dignidad de las personas que se autoreconocen como miembros

BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 92.)

³⁹⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 95. El artículo 4° de la CPR señala que “*Chile es una República democrática*”.

⁴⁰⁰ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op.cit.*, p. 86. La **negrita** es nuestra.

⁴⁰¹ MOLINA, H., *op.cit.*, p. 51. También ha sido entendido como todas las personas y grupos que han habitado, habitan y habitarán el territorio, como puede desprenderse de la justificación para depositar la soberanía en la Nación y no en el Pueblo (VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 119).

de ellos. En este caso, la reforma constitucional en el sentido de radicar la soberanía en los Pueblos de Chile -o en los pueblos de la Nación chilena si se prefiere- es la única fórmula para ajustarla al estándar internacional de derechos de pueblos indígenas, y al mismo tiempo, al estado de desarrollo actual de la doctrina constitucional.

Al final del inciso primero del artículo 5° de la Constitución establece respecto de la soberanía que *“ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”*, lo que se complementa con lo señalado en el artículo 7° inciso 2° de la misma que señala que *“[n]inguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*, so pena de nulidad y sanciones. Esto porque no es aceptable que un sector del pueblo usurpe la soberanía que corresponde a todo el (los) Pueblo(s)⁴⁰². Aquí se apoyan quienes sostienen que cualquier concesión de autonomía territorial a los Pueblos Indígenas violaría estos preceptos.

*Por evidente que sea el hecho de que porciones de la población integran familias de pueblos indígenas, ninguna podría, dentro de la preservación de la unidad nacional y del respeto de la prohibición en examen, transformarse en ente colectivo autónomo, que pretenda fijar sus particulares caracteres y objetivos y conformar una dirección propia que lo conduzca con entera libertad a su realización*⁴⁰³.

Esta posición, más allá de mostrar el triste espíritu racista que inspira a buena parte de la doctrina constitucionalista y del propio Tribunal Constitucional⁴⁰⁴, no tiene otro fundamento que el arraigado temor a una supuesta aspiración nacional separatista, inexistente en la reivindicaciones indígenas. Según esta postura, la Constitución adscribe a la concepción decimonónica del Estado-

⁴⁰² Curiosamente este aserto evidencia la inconsistencia de la opción del constituyente por depositar la soberanía en la Nación y no en el Pueblo, pues la prohibición de usurpación se justifica en que la sociedad toda es la depositaria de la soberanía y no un grupo o individuo determinado, aun cuando éste pretenda justificar su usurpación en la defensa del alma nacional, la patria o cualquier otra entequeia (SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 99).

⁴⁰³ SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁰⁴ Vimos su opinión al respecto al analizar sus sentencias relativas a la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

Nación (una Nación, un Estado) y considera que el reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo atenta contra la solidaridad y unidad de la ciudadanía frente al Estado⁴⁰⁵. Paradójicamente el *neoconservadurismo* defiende la idea *neoliberal* de que el tratamiento específico a un grupo humano sólo puede derivarse de la aplicación de los derechos individuales⁴⁰⁶. Por lo demás confunde lo prohibido por la norma citada -esto es la *autoatribución* de soberanía por parte de una persona o un grupo de personas “*al margen de la Constitución y la voluntad del cuerpo político*”⁴⁰⁷- con la atribución legal o incluso constitucional de *soberanía interna*, fundada en el respeto y promoción de los derechos esenciales reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes ordenada por el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. Por lo demás, el artículo 4° de la CPR establece que Chile es una república democrática y por lo tanto,

*se sustenta en dos principios básicos, que son el autogobierno del pueblo y el respeto y garantía de los derechos humanos, principios que se derivan de los valores de la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad, los cuales constituyen los fundamentos básicos de nuestro ordenamiento constitucional, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución*⁴⁰⁸.

Visto que el ejercicio de los derechos territoriales y autonómicos no importa una usurpación de soberanía resta por dilucidar otro problema que surge al constatar que la autonomía -como forma de autogobierno- implica reconocer ciertas potestades a órganos distintos a los que la Constitución actualmente las radica. Así por ejemplo si se requiere dar atribuciones legislativas a las autoridades tradicionales (o no) de los pueblos indígenas, se estaría vulnerando aparentemente los artículos 63 y 65 de la CPR, que establecen las materias de ley y la formación de ésta respectivamente. Sin

⁴⁰⁵ STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los Derechos de los Indígenas: algunos problemas conceptuales*, en Nueva Antropología, Vol. XIII, n° 43, México, 1992, p. 84ss.

⁴⁰⁶ Nos referimos a la *neoliberalismo* para diferenciarlo de la ortodoxia decimonónica, porque el liberalismo clásico siempre consideró el derecho al autogobierno como un complemento necesario de las garantías individuales. La pretensión de los liberales contemporáneos de hacer una división tajante entre estado y etnia -*omisión bienintencionada*-, equivalente a la separación de estado y religión, sería algo nuevo, no arraigado en la tradición liberal decimonónica (ver en KYMLICKA, Will, *op. cit.*, especialmente el capítulo 4).

⁴⁰⁷ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 120s

⁴⁰⁸ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, p. 117. La **negrita** es nuestra.

embargo, las leyes se caracterizan por contener uno o más mandatos generales y abstractos, aplicables a todas las personas y válidos en todo el territorio de la República. Si las atribuciones reconocidas a las autoridades tradicionales indígenas se limitan a permitirles dictar normas de conducta para los miembros de sus pueblos dentro de sus territorios -y siempre respetando los derechos fundamentales-, no se vulneraría la reserva legal en favor del Congreso y el Presidente que hace la Constitución, pues no se trataría de leyes en el sentido constitucional, sino de normas *sui generis*, perfectamente compatibles con la institucionalidad vigente *ensanchada* por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y limitadas por el respeto a los derechos fundamentales. En el mismo sentido sería necesario resolver la cuestión de la atribución de potestades administrativas, reguladas en las disposiciones del capítulo XIV de la CPR sobre el Gobierno y Administración Interior del Estado, para lo cual se requiere de simple mayoría de acuerdo a lo establecido por el artículo 127 de la Carta. Cabe recordar que el artículo 5° inciso 2° de la CPR establece un deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes, por lo que el constituyente queda obligado a realizar estas reformas. Incluso puede entenderse que estas no son necesarias, pues el tenor de la norma citada implica la aplicación inmediata de las normas del tratado⁴⁰⁹. Recordemos que el Convenio 169 fue aprobado -de acuerdo al Tribunal Constitucional- por un quórum de cuatro séptimas partes de los diputados en ejercicio, por lo tanto sus normas auto-ejecutables modificaron la Constitución desde su ratificación y aquellas no auto-ejecutables generaron la obligación para el constituyente de modificar la Constitución desde ese mismo momento.

b) Algunas ideas para la interpretación evolutiva del derecho de propiedad en la Constitución chilena

Vimos al analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ésta ha desarrollado una *resignificación* del derecho a

⁴⁰⁹ VERDUGO, Mario, y otros, *op. cit.*, pp. 126s.

la propiedad a partir de las normas vigentes en el sistema interamericano. Esta interpretación evolutiva ha permitido a la Corte proteger el ejercicio de los derechos autonómicos y territoriales de los pueblos indígenas, aun antes de la entrada en vigencia de instrumentos como el Convenio 169 de la OIT o la DDPI.

Esta solución hermenéutica puede perfectamente aplicarse a nuestra Carta Fundamental. De hecho, la Constitución garantiza *“el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”*⁴¹⁰. La amplitud de esta garantía permite incluir en ella no sólo la propiedad privada individual propia del liberalismo clásico, sino también otras formas de dominio como la propiedad comunitaria colectiva y ancestral de los pueblos originarios que hemos intentado describir en la primera parte de este trabajo. En cierta medida, así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional al ser requerido por la Cámara de Diputados para revisar la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Señaló el Tribunal que

*el artículo 19, N° 24, de la Carta Fundamental, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, **entre las cuales ha de entenderse que queda comprendida la propiedad indígena**, la cual por su propia naturaleza, tiene características específicas que han llevado al legislador históricamente a regular las materias indígenas por medio de la ley*⁴¹¹.

Este razonamiento también ha sido acogido por la Corte Suprema en un caso sobre derechos de aguas de una comunidad Lickanantay. En él señala que

*para analizar el procedimiento regulado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, se debe tener en consideración que... el legislador, con miras a fortalecer el derecho de aprovechamiento de aguas, reconoció expresamente su uso consuetudinario como Derecho, disponiéndolo así en el artículo 7° del Decreto Ley No 2.603, de 1979; **luego lo consagró constitucionalmente dando protección a los derechos reconocidos en la materia mediante el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental***⁴¹².

⁴¹⁰ Artículo 19 número 24 CPR. La **negrita** es nuestra.

⁴¹¹ FTC n° 309, Considerando 77°. La **negrita** es nuestra.

⁴¹² Corte Suprema, fallo Comunidad Atacameña de *Toconce* con ESSAN S.A, considerando 6°.

De esta manera, el hecho de que la ley indígena -que revisaremos en el siguiente capítulo- sólo establezca ciertas salvaguardas a la propiedad indígena no implica necesariamente que éstas no puedan considerarse como protegidas por un estatuto diferente que las considere como territorio y no meramente como tierras en sentido civilista.

A ello obliga una interpretación sistemática de la Constitución, que por la vía de su artículo 5° inciso segundo ha incorporado los derechos de los Pueblos Indígenas consagrados en el derecho consuetudinario internacional -del cual la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas es su más evidente cristalización- y el Convenio 169 de la OIT, que también incorpora dicha Declaración a través de su artículo 35. En el mismo sentido apuntan el derecho a la igualdad y a la cultura en el entendimiento que de ellos hemos desarrollado a lo largo de este trabajo.

En este sentido, las normas sobre expropiación que establece la propia Constitución como forma de resguardar el derecho fundamental a la propiedad, se constituye como un mecanismo adecuado para la restitución de las tierras que -de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos- correspondan a los pueblos y/o comunidades indígenas. De esta manera, la *“causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”* que exige el artículo 19 N° 24 de la CPR para privar a alguien de su dominio o alguna de sus facultades esenciales está plenamente configurada cuando mediante la expropiación se busca permitir el ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Como puede apreciarse, la norma constitucional implica una restricción de derechos en función de un interés social superior (utilidad pública o interés nacional). En el caso de la expropiación como medio de restitución de tierras antiguas, el derecho restringido es el derecho de propiedad de quien ostente ese título al momento de la devolución. A este respecto, la Corte Interamericana ha establecido que,

*cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben **hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.***⁴¹³.

Resulta evidente que permitir el pleno ejercicio de los derechos territoriales indígenas es un objetivo legítimo y deseable en una sociedad democrática, sobre todo teniendo en consideración el desarrollo que aquellos han tenido en el ámbito interamericano. De hecho, en la misma sentencia la Corte agrega que,

*146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados **deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado**, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. **La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.***

*148. Por el contrario, **la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista** en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.*⁴¹⁴

⁴¹³ Corte Interamericana, Caso de la Comunidad *Yake Axa* vs. Paraguay (2005), párr. 144

⁴¹⁴ *Ídem*, párr. 146 y 148.

2.- Los obstáculos al reconocimiento: la fantasía unitaria y el fantasma de la secesión

“Nadie plantea mediante la reforma constitucional propuesta, dotar a los pueblos indígenas de ciertos marcos de autonomía política para efecto de que puedan darse sus propias organizaciones o sus propias formas de convivencias jurídica...la única justificación de la modificación en debate consiste en una aspiración de estos pueblos en este sentido, lo que considero respetable y legítima pero no suficiente”

-Senador Andrés Chadwick-⁴¹⁵

“La Nación chilena es indivisible”

-Inciso aprobado por unanimidad en la Cámara de Diputados en enero de 2006 para incluirse en la Constitución de la República -

Como señalamos en la introducción a este trabajo, durante los últimos 20 años, los movimientos indígenas del continente han reivindicado un reconocimiento de su especificidad en las sociedades nacionales en que están inmersos. En un principio la demanda se centró en el reconocimiento constitucional, lo que se logró en mayor o menor medida en casi todos los países del continente⁴¹⁶. En este apartado daremos un vistazo a la discusión política y jurídica en torno a este tema durante este periodo, para develar la actual situación a la que se enfrentan los pueblos originarios en la reivindicación de sus derechos internacionalmente reconocidos.

Ya dijimos que parte de los acuerdos de Nueva Imperial consistió en el

⁴¹⁵ Primer Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (Senado), 6 de noviembre de 2001 {ICS, 6-11-01}, pp. 70. En línea http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php?id_archivo=1824&file=1. (consultado el 13 de diciembre de 2005)

⁴¹⁶ De particular relevancia resultan en este sentido las reformas constitucionales impulsadas en Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992 y 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994 y 2009), Ecuador (1994, 1998 y 2008) y Venezuela (1999) reconociendo a los indígenas sus derechos individuales y/o colectivos.

compromiso del entonces candidato presidencial Patricio Aylwin para impulsar el reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas. Así, en 1991 se presentó un proyecto de reforma a los artículos 1°, 19 n° 22 y 62 de la Constitución Política orientada a “*consagrar constitucionalmente el reconocimiento de los pueblos indígenas como parte de la diversidad de la sociedad chilena, a fomentar su desarrollo armónico y equilibrado, así como impedir la pérdida de su cultura*”⁴¹⁷. Sin embargo, la idea de legislar sólo se aprobó al año siguiente sobre la base del siguiente texto: “*El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica*”. Durante los más de 8 años de tramitación, el proyecto sufrió una serie de modificaciones, que no fueron suficientes para eliminar su tenor nacionalista y paternalista, plenamente acorde con las polifacética política *asimilacionista* desplegada desde el Estado chileno desde la independencia. De todos modos, la iniciativa fue desechada por falta de quórum a finales del año 2000⁴¹⁸. El texto modificado establecía que ,

El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde⁴¹⁹.

La cuestión del reconocimiento no estuvo ausente de la discusión de la reforma constitucional de 2005. Si bien esta comenzó a discutirse por iniciativa de un grupo de senadores de derechas con la intención de “*contribuir*

⁴¹⁷ *Pueblos Indígenas. Documento de trabajo sobre Reconocimiento Constitucional*, Coordinación Nacional de Políticas y Programas Indígenas, Gobierno de Chile, 2005, p. 5. El texto propuesto fue el siguiente:

“*Artículo 1: agrégase como inciso final del artículo 1°, el siguiente:*

El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la nación chilena.

“*Artículo 2: agrégase como inciso final del número 22 del artículo 19 el siguiente:*

La ley podrá, también, establecer beneficios o franquicias determinados en favor de las comunidades indígenas

“*Artículo 3: agrégase al artículo 62, como número 7°, nuevo, el siguiente:*

Establecer sistemas de protección jurídica y beneficios o franquicias para el desarrollo de los pueblos indígenas.”

⁴¹⁸ Los 69 votos a favor contra 3 y 9 abstenciones no fueron suficiente para su aprobación debido a que la modificación recaía sobre normas contenidas en las “*Bases de la Institucionalidad*” requería de un quórum de 2/3 de los diputados en ejercicio (80).

⁴¹⁹ *Ídem*, p. 6. La **negrita** es nuestra.

decididamente a cerrar el período de transición política” y no contemplada ninguna mención a los derechos de los Pueblos Indígenas ni su reconocimiento, días más tarde, un grupo de senadores oficialistas hizo su propia moción⁴²⁰. En este caso si había un reconocimiento a los indígenas al agregar un inciso final al artículo 1° en los siguientes términos:

El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena.⁴²¹

La reforma propuesta además contemplaba autorizar expresamente el otorgamiento por el legislador de *“beneficios o franquicias para el desarrollo de los integrantes y comunidades de los pueblos indígenas”*.

A lo largo de la prolongada discusión fueron perfilándose dos posiciones. Así, el ejecutivo propuso a la Comisión de Constitución del Senado la siguiente redacción,

La nación chilena es indivisible.

El Estado reconoce a los pueblos indígenas que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio, promoverá su participación, y de quienes los integran, en los organismos del Estado en que se toman las decisiones que les afectan y en la vida nacional. La ley les garantiza el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones en lo espiritual, cultural y social⁴²².

Por su parte, la Comisión del Senado insistió en su propuesta emitida en su primer informe,

La Nación chilena es indivisible.

El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las

⁴²⁰ La moción inicial fue hecha por los Senadores señores Chadwick (UDI), Díez (RN), Larraín (UDI) y Romero (RN) en el Boletín 2526-07 del 4 de julio de 2000, con el objetivo de *“iniciado luego de la plena instauración del régimen democrático a partir del 11 de Marzo de 1990”* (p. 1). La moción oficialista fue presentada el 6 de julio de 2000 en el Boletín 2534-07, por los Senadores Bitar (PPD), Hamilton (DC), Silva (PRSD) y Viera-Gallo (PS).

⁴²¹ ICS, 11-6-01, p. 13. La **negrita** es nuestra.

⁴²² *Pueblos Indígenas. Documento de trabajo...*, p. 6. La **negrita** es nuestra.

*poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su **derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad***⁴²³.

La derecha sostuvo que no había necesidad de hacer este reconocimiento ya que lo relevante era constatar que en la práctica la sociedad chilena habría acogido a dichos pueblos sin hacer diferencias⁴²⁴. Por otro lado, senadores de ambas coaliciones coincidieron en que el Estado es unitario e indivisible y que la voz “pueblos” utilizada en el precepto no debía ser entendida con el alcance que se le da en el derecho internacional, puesto que resulta altamente subversiva o más bien, corrosiva. En palabras del senador socialista Viera-Gallo,

*la expresión ‘pueblo’ puede utilizarse para hacer referencia a un sujeto con derecho a la autodeterminación, y por tanto, a la independencia...nadie quiere que se produzca una situación como la que destruyó a la ex-Yugoeslavia*⁴²⁵.

Incluso se aludió expresamente al peligro de la secesión de la Isla de Pascua ya que sus características geográficas la harían más vulnerable⁴²⁶, y NN.UU habría intentado incluirla en los programas de descolonización⁴²⁷. Por otra parte la extrema derecha, en voz del senador Larraín, insistió en la idea de que el problema de los indígenas y en particular el mapuche, sería un problema agrario y no un problema político. Además la Nación chilena sería producto de la mezcla de conquistadores e indígenas y que considerando el largo esfuerzo por constituir un pueblo unitario resultaría un despropósito que la Constitución hiciera un distingo a partir del origen étnico⁴²⁸. El senador Diez añadió que la mayoría de los indígenas exigían ser tratados como chilenos y que por lo tanto no correspondía favorecer con la distinción a una minoría divergente⁴²⁹.

⁴²³ Ídem. La **negrita** es nuestra.

⁴²⁴ El Senador designado Martínez ejemplifica con el hijo del cacique Colipí que fue subteniente y se destacó en la guerra contra la Confederación Perú-Boliviana, ICS 6-11-01, p. 62.

⁴²⁵ Ídem, pp. 63 y 65

⁴²⁶ Ídem, pp. 72Ss (senador Larraín);

⁴²⁷ Ídem, p.71 (senador Diez); abogado Teodoro Rivera ante la Comisión de Constitución del Senado (ICS, 18-3-03, p.18, en línea http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php?id_archivo=1826&file=1, consultado el 16 de diciembre de 2005).

⁴²⁸ Ídem, p. 67.

⁴²⁹ Ídem, p.71.

La tensión entre estas dos visiones no fue resuelta en el Senado, el que rechazó la reforma propuesta en el primer informe de la Comisión del Constitución por 22 votos a favor y 23 en contra⁴³⁰.

En el segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados propuso la siguiente redacción:

La Nación chilena es una e indivisible.

La ley garantizará el derecho a conservar, fortalecer y desarrollar la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la nación chilena⁴³¹.

En definitiva el Ejecutivo optó por excluir el reconocimiento de los pueblos indígenas del proyecto de reforma constitucional, ya que el acuerdo del congreso no satisfacía la demanda de dichos pueblos.

En enero de 2006, en pleno proceso electoral –días antes del *balotaje* en que Michelle Bachelet se convirtió en Presidenta de la República-, un grupo de diputados presentó una propuesta de reforma constitucional, como forma de provocar la discusión ante la mirada de la opinión pública. Sin embargo, generó el rechazo unánime del movimiento indígena y sus simpatizantes. La propuesta agregaba al artículo 1° de la Constitución el siguiente texto,

La Nación chilena una e indivisible.

La ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que forman parte de la Nación

⁴³⁰ En el segundo informe, la Comisión de Constitución llegó a un segundo texto acordado tras escuchar las opiniones de representantes de diferentes organizaciones indígenas y gubernamentales, donde se manifestaron desde posiciones autonomistas hasta *asimilacionistas*: “*La Nación chilena es una e indivisible. El Estado reconoce la existencia de las etnias indígenas originarias, entre estas la Mapuche, la Aymará, la Rapa nui; las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas, Kewashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán. Estas constituyen parte esencial de la Nación chilena. Es deber del Estado respetar su identidad y promover su cultura y tradiciones*” (ICS, 18-3-03, p. 50s.).

⁴³¹ ICD, 18-05-2005, p. 29. En línea http://www.bcn.cl/publicadores/pub_portada_bcn/admin/ver_archivo_subido.php?id_archivo=1832&file=1, consultado el 16 de diciembre de 2005. La **negrita** es nuestra. La moción fue aprobada el mismo día, pues el Ejecutivo lo puso la discusión inmediata, por 83 votos contra 7 y 9 abstenciones (Legilatura 353a Sesión 67ª, del martes 10 de enero de 2006)

chilena ⁴³².

Como señaló el consejero indígena urbano ante CONADI José Llancapan Calfucura,

[e]l texto que se presenta es una burla contra la voluntad y esperanzas de nuestros pueblos. Se pretende establecer legalmente un estatus racista que busca la aniquilación jurídica de los pueblos indígenas y de nuestros derechos, tras la farsa de reconocer aspectos secundarios que no sancionan cuestiones de fondo por las que venimos luchando por siglos⁴³³.

El texto no reconoce la preexistencia al estado de los Pueblos Originarios, ni hace referencia a los derechos colectivos, sociales, económicos y culturales de estos. Y así lo señala el *Consejo de Todas las Tierras Mapuche*

[El proyecto es] un texto diluido, que limita los derechos colectivos; introduce concepto de relación forzada de chilenización, evitando establecer derechos sobre tierras, territorios, participación política, autodeterminación, acceso y control de los recursos del suelo y subsuelo y la protección de la propiedad intelectual.⁴³⁴

Por lo demás, el hecho de que se haya presentado sin consultar a los Pueblos indígenas en plena campaña presidencial, ya constituye una violación a su derecho a ser consultados en las cuestiones que les afecten, consagrado tanto en el derecho internacional como en el derecho interno⁴³⁵.

Las propuestas que surgieron durante la discusión en Sala y sus respectivas votaciones dan luz sobre la real comprensión de los diputados acerca de los derechos de los pueblos indígenas. Así por ejemplo cuando se votó la idea de legislar esta se aprobó por 82 votos a favor, 7 en contra y 9

⁴³² La propuesta fue hecha por los diputados Ascencio (DC), Díaz (DC), Meza (PRSD), Navarro (PS), Saffirio (DC), Soto (PS) y Tuma (PRSD) en el boletín 4069-07.

⁴³³ En línea <http://revista.pangea.org/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=10264>, [consultado el 15 de enero de 2006]

⁴³⁴ *Ídem*. Por lo demás, el texto que se intentó aprobar es prácticamente igual al que se discutió en mayo de 2005, el que fue rechazado unánimemente por las organizaciones indígenas y todos los consejeros indígenas de CONADI

⁴³⁵ Artículos 18 y 19 de la DDPI; artículos 2 y 6 del Convenio 169 de la OIT y artículo 34 Ley de Desarrollo Indígena.

abstenciones (requería al menos 77 votos). Luego se votaron otras propuestas hechas por los diputados Navarro y Quintana. Así por ejemplo la de agregar al artículo 1 de la CPR que reconociera el carácter multicultural de la nación Chilena y el reconocimiento de los pueblos indígenas, sus formas de organización y derecho a recuperar sus tierras comunitarias y recursos naturales, fue rechazada por 59 votos en contra frente a 26 a favor⁴³⁶. Su idea de elevar a rango oficial las lenguas indígenas oficial *“para los pueblos indígenas”* y que *“deben ser respetados, difundidos y enseñados a las personas indígenas, de acuerdo a la ley”* fue rechazada por 46 votos contra 22. La propuesta de reconocimiento de la jurisdicción de las autoridades tradicionales indígenas para la resolución de conflictos mediante sus propios mecanismos *“siempre que no sean contrarios a la Constitución”* fue rechazada por 58 votos contra 12. El segundo inciso de la propuesta de reforma original fue rechazada por no alcanzar el quórum legal (75 votos a favor, o en contra y 9 abstenciones). Sólo el primer inciso, relativo al carácter *“único e indivisible”* de la Nación chilena fue aprobado por unanimidad, confirmando así las denuncias del movimiento indígena⁴³⁷. El texto que buscaba el reconocimiento de los pueblos indígenas se redujo de manera de quedar convertido en su opuesto, negando enfáticamente su existencia: ***“la nación chilena es única e indivisible”***, sin más⁴³⁸.

Como hemos visto, desde los inicios de la *transición democrática* la cuestión del reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas ha sido objeto de discusión. A lo largo de este proceso, se han ido consolidando dos tendencias o posiciones más o menos ajustadas a la dicotomía *binominal* oficialismo/oposición. Sin embargo ninguna de ellas satisface ni las reivindicaciones indígenas ni el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas.

⁴³⁶ El texto propuesto era el siguiente: *“La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y política, y participar activamente en sus asuntos locales y regionales; así como mantener y recuperar las formas comunitarias de propiedad de sus tierras, aguas y recursos naturales, así como el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley”*

⁴³⁷ Legislatura 353a Sesión 67ª, en martes 10 de enero de 2006

⁴³⁸ Oficio 5998. Consultado en línea el 26 de enero de 2009, [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?3,11022].

Por una parte está la postura de la coalición de centro, que impulsa el reconocimiento de la diversidad étnica buscando consagrar en la Carta Fundamental la existencia de los “*pueblos indígenas*” que “*forman parte de la nación chilena*” y “*habitan su territorio*”. Frente a esta se encuentra la del conservadurismo que antes de entrar en materia declara solemnemente que “*la nación chilena es indivisible*” y se limita a reconocer la “*diversidad de origen*” de los chilenos y que los indígenas constituyen “*parte esencial de las raíces de la Nación Chilena*”, *folklorizando* de esta manera la identidad indígena⁴³⁹. Sin embargo, ambas posiciones se diluyen en un consensuado reconocimiento a la unidad e indivisibilidad de la nación chilena, que revela un oscuro miedo a una inexistente pretensión separatista y una completa impermeabilidad a las demandas indígenas por un reconocimiento a sus especificidad y su derecho a existir como culturas diferenciadas. Como señala Marco Aparicio “*hay que hablar de una incapacidad de entender la libre determinación fuera de los esquemas conceptuales propios del Estado-nación, de la soberanía estatal, de la unidad de poder y ordenamiento jurídico*”⁴⁴⁰.

Sin embargo, esta cerrazón a cedido tímidamente, al menos en cuanto a aceptar el carácter multicultural de la sociedad chilena. El 27 de noviembre de 2007, el ejecutivo presentó un nuevo proyecto ante el Senado⁴⁴¹. En este, la Presidenta Bachelet propuso la siguiente modificación del artículo 3° de la CPR:

La nación chilena es multicultural.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales⁴⁴².

Además, propuso agregar al artículo 19 n° 24 relativo al derecho a la propiedad un inciso final en el que se establecía que “*la ley deberá proteger las tierras y*

⁴³⁹ FAUNDES PEÑAFIEL, *Op.cit.*, p. 302 y 306.

⁴⁴⁰ APARICIO W., Marco, *op. cit.* p. 419.

⁴⁴¹ El 30 de octubre de 2007 había ingresado con urgencia simple un proyecto análogo, pero fue retirado antes de que se iniciara su discusión. Boletín 5427-07, consultado en línea el 26 de enero de 2009, [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5427-07].

⁴⁴² Boletín 5522-07, [en línea], disponible en internet [http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,5903]

derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas". Este proyecto fue refundido para su tramitación con el iniciado por moción parlamentaria a mediados de 2007⁴⁴³. Además se les otorgó urgencia suma a partir del 7 de enero de 2009 y se acordó archivar el anterior proyecto ingresado en 2006⁴⁴⁴.

La discusión parlamentaria en torno a ambos proyectos volvió a girar sobre los mismos tópicos. El Senador Larraín reiteró su preocupación en torno a la posibilidad de *"que se pueda dar a la expresión 'pueblos indígenas' un significado que erosione el esfuerzo de constituir una identidad nacional que abarque todos sus componentes, con los mismos derechos y obligaciones"*⁴⁴⁵. Ante esto, el senador Espina aclaró que para *"despejar toda duda y suspicacia"* relativa a la misma reforma o al alcance del Convenio 169 de la OIT es que su proyecto incorporó la idea de la unidad e indivisibilidad de la Nación chilena⁴⁴⁶. En definitiva el proyecto no abarcó la cuestión de la autodeterminación, es más no le reconoció el carácter de pueblos a los indígenas y sus comunidades, como lo manifestó el propio Ministro José A. Viera-Gallo, haciendo eco de las sentencias del Tribunal Constitucional relativo al Convenio 169 de la OIT:

*En ningún caso el colectivo puede ser considerado como un sujeto o ente autónomo capaz, entre el individuo y el Estado, al cual se le atribuyan potestades públicas o quede sometido a un ordenamiento jurídico distinto al que rige el Estado*⁴⁴⁷.

⁴⁴³ El proyecto ingresado por iniciativa parlamentaria al que se alude, fue presentado por los senadores aliencistas Allamand, Cantero, Espina, García Ruminot y Romero el 6 de septiembre de 2007. Éste propuso modificar el artículo 2° de la CPR, agregando un inciso primero que señalare que *"La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales"*. Además agregaba al último inciso del N° 2 del artículo 19, la siguiente oración final: *"Entre otras, no se podrán establecer diferencias arbitrarias que se funden en el origen étnico o racial de las personas"* (Boletín 5324-07, [en línea], disponible en internet en [<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5508&prmTIPO=INICIATIVA>]).

⁴⁴⁴ Ver la tramitación completa, en línea en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5903&prmBL=5522-07.

⁴⁴⁵ Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado del 30 de enero de 2009, [en línea], formato apsx, disponible en internet en [<http://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12045&prmTIPO=INFORMEPLEY>], p. 11.

⁴⁴⁶ Ídem.

⁴⁴⁷ Ídem, p. 14.

Desde esta perspectiva se comprende mejor el alcance de la reforma propuesta, que la Ministra de Planificación se encargó de aclarar en el la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado: *"el reconocimiento es simbólico"*⁴⁴⁸.

En relación a la cuestión de las aguas, el Ministro Viera-Gallo enfatizó *"que la intención del Ejecutivo no es innovar en el estatuto jurídico de las aguas en Chile"*, de lo que se trataría es de consagrarlo constitucionalmente⁴⁴⁹. Dijo esto ante la preocupación del Senador Larraín que expresó que

*no es posible afirmar que existen derechos indígenas de aprovechamiento de aguas de carácter ancestral, y establecer en la Constitución Política de la República un derecho indígena de aguas es crear un nuevo estatuto jurídico que entrará en conflicto, inevitablemente, con el actual régimen de derechos de aprovechamiento de aguas que establece el Código del ramo.*⁴⁵⁰

En otras palabras, se mantiene el régimen de concesión de derechos de aguas, que en la práctica ha negado los derechos de las comunidades sobre las aguas presentes en sus territorios y se desconocen sus derechos ancestrales sobre ellas. Ante esto, el senador Larraín destaca la inutilidad de la reforma, pues la Constitución *"ya garantiza al titular su derecho de aprovechamiento de aguas constituido según las normas legales"*, sin distinguir entre indígenas y no indígenas. Para aclarar cualquier duda, el Ministro insiste en que *"más allá de su utilidad práctica, [la reforma] es muy importante...por razones simbólicas"*⁴⁵¹.

En definitiva, la Comisión aprobó en general la idea de legislar en torno al siguiente texto para continuar su tramitación:

Artículo 4°.- La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

⁴⁴⁸ Ídem, p. 12.

⁴⁴⁹ Dice textualmente: *"[se trata de] asegurar que el reconocimiento de los derechos de los pueblos e individuos a las aguas, conforme a la normativa actual, no quede excluido de esta consagración constitucional, en razón de la especial importancia que tiene la vinculación de las personas con la tierra y el agua en la cultura de los pueblos originarios"*. Ídem, p. 16. La **negrita** es nuestra.

⁴⁵⁰ Ídem, p. 19

⁴⁵¹ Ídem.

*El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y **el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes** a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.*

*Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, **siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.***

Además se propuso agregar al párrafo primero del número 2° del artículo 19 la prohibición de discriminar a las personas “*cualquiera sea su origen étnico o racial*”.

Por último, se incorpora al número 24° del artículo 19 el siguiente párrafo final, que:

*La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas **conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.***⁴⁵²

Resulta evidente que esta reforma constitucional está lejos de ser una simple *declaración simbólica*, como se encargaron de subrayar los ministros presentes en la discusión. De hecho, lo que intenta es negar el carácter de pueblo de los indígenas y sus comunidades, buscando socavar así los avances que en forma sistemática y consistente se han producido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, con la participación activa del Estado de Chile en ciertos casos. Esto se desprende no sólo de las declaraciones de los parlamentarios y ministros, sino también de la afirmación de la unidad e indivisibilidad de la nación chilena y el hecho de otorgar la titularidad de los derechos reconocidos a las comunidades, organizaciones y sus integrantes y no a los pueblos por sí mismos.

Por otra parte, la redacción de la norma relativa a la protección de las tierras y aguas, termina por desconocer los derechos ancestrales sobre unas y

⁴⁵² Ídem, p. 23. La **negrita** es nuestra.

otras, y limita el segundo a una simple concesión pues habla de "*aprovechamiento de aguas*" y no de plena propiedad, pretendiendo cancelar así el avance que implica la redacción del artículo 64 de la Ley de Desarrollo Indígena⁴⁵³.

El mismo fin cercenador del derecho internacional explica el establecimiento de la Constitución y las leyes como encuadre para el ejercicio del derecho a *organizar su vida de acuerdo a sus costumbres*, puesto que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT este límite "*sólo procede en la medida y parte en que el mismo [sistema jurídico nacional] contiene derechos fundamentales*"⁴⁵⁴.

Por último, cabe señalar que el informe comentado alude a que con la comparecencia de personas indígenas que señala en la Comisión debe entenderse cumplida la obligación de consulta establecida por el artículo 6° del Convenio 169. Sin embargo, dicho informe no contempla las opiniones vertidas por los invitados indígenas a la Comisión, ni siquiera las menciona ni las resume, menos aun las reproduce. Bartolomé Clavero, miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas ha manifestado sus dudas respecto de que este tipo de participación constituya un procedimiento apropiado para consultar a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas de buena fe y con miras a obtener su consentimiento, como lo establece el artículo invocado⁴⁵⁵. También el Relator Especial de Naciones Unidas, profesor James Anaya, llamó la atención sobre esta cuestión tras su reciente visita a Chile (abril de 2009). De hecho sus primeras recomendaciones apuntaron a la obligación del Estado de Chile de consultar a los pueblos indígenas en relación con la reforma constitucional, lo que deja en evidencia que para el Relator dicha obligación no había sido

⁴⁵³ El artículo señala que "*serán considerados **bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena** establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas*". La **negrita** es nuestra.

⁴⁵⁴ CLAVERO, Bartolomé, *Chile: reforma constitucional cancelatoria de derechos indígenas*, [en línea], formato html, disponible en internet en [<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1154>]. El autor agrega que "el *derecho* no es sólo a *costumbres*, sino también a *instituciones propias*". El *destacado* es suyo.

⁴⁵⁵ CLAVERO, Bartolomé, *op. cit.*

cumplida al momento de su visita. Es más, advirtió que “[e]l incumplimiento de la norma de consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados”⁴⁵⁶.

Todo esto justifica lo que fue la inmediata reacción de las organizaciones indígenas. El 29 de enero de 2009 diversas organizaciones llamaron a las autoridades a no “borrar con el codo” los compromisos asumidos por Estado Chileno al firmar la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas y ratificar el Convenio 169 de la OIT y a abrir un “nuevo proceso Constituyente para este País, con participación y soberanía popular donde los Derechos de los Pueblos sean lo primero”⁴⁵⁷. Sin embargo, no hay que perder de vista que la propia comisión afirmó,

*la frase según la cual el reconocimiento de los derechos que hará la Constitución queda supeditado al orden jurídico nacional **comprende también los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país y que están, por lo tanto, vigentes en Chile***⁴⁵⁸.

Esto es plenamente acorde con el texto del artículo 5° inciso 2° de la Constitución y obligará, en la eventualidad de aprobarse esta iniciativa, a

⁴⁵⁶ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación a con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile, 24 de abril de 2009*, en línea, formato pdf, disponible en internet en [\[http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf\]](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf), consultado el 26 de mayo de 2009, párr. 6.

⁴⁵⁷ Declaración Pública firmada por las siguientes organizaciones y autoridades indígenas: - Autoridades integrantes del Consejo de Lonko - Pikunwijimapu Logko Gvbam- Norte de los Territorios del Sur - suscriben: Ñizol Logko Augusto Nawelpán Kalfvkura, Logko Lilkoko Lofmapu / Ñizol Logko Efraín Cewkefvlu Paiyalef, Genpin Logko Cozoy Lofmapu / Ñizol Logko Francisco Wicaman Xipayantv, Logko Koz Koz Lofmapu / Ñizol Logko José Antonio Pagilef Kalfvlef, Logko de Rupumeika Lofmapu; - Comunidad Mapuche Williche Pepiukelen, Pargua, Calbuco. Ref. Francisco Vera Millaquén, Werkén;- Manuel Curilen, Vocero Coordinación de Comunidades en Conflictos Socio Ambientales, Región de la Araucanía; - Eva Barriga, Comunicadora Social Mapuche - Williche, enlace Valdivia; - Rayen Kvyeh, poeta, Casa de arte Mapuche; - Red autónoma de Comunicación (enlace Mapuche)- Mapuexpress – Informativo Mapuche; - Ronny Leiva, Corporación Unión Araucana, Padre Las Casas. - Lorena Aillapán, Mapuche Lafkenche, integrante Consejo de Cultura Wichor, Saavedra: - Equipo de Comunicaciones – programa radial WixageAnai – Santiago;- ONG – Social Indígena – Ref. Juan Correa Calfin. Getsor Intercultural; - Gabriela Calfucoy, Comunidad Tren Tren, Carahue; - Coordinadora Juvenil Mapuche Newen Weche Mapu, de Viña del Mar; - Desde Catalunya adhieron: Colectivo Chileno - Mapuche Peuma Trawün – Barcelona / Colectivo Newen Mapuche", Girona, Catalunya; - Asociación fillke Mongen de Choll Choll; - Colectivo de Historiadores Mapuches. Ver en línea en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=3720>.

⁴⁵⁸ *Primer Informe Comisión de Constitución...*, op. cit. p. 14.

otorgar los derechos que corresponden a los indígenas en su calidad de pueblos, ampliando así la protección de las tierras, aguas y demás recursos naturales a los que corresponden a sus territorios ancestrales según el derecho internacional.

CAPÍTULO III

LEYES SOBRE INDÍGENAS: INTEGRACIÓN Y DESARROLLO SUBORDINADO

1. La Ley de Desarrollo Indígena 19253

En 1978 mediante el Decreto Ley 2658, Pinochet ordenó la división de las comunidades originarias, asignando propiedad a los ocupantes, fueran o no indígenas. Hasta ese momento la legislación había sido más o menos proteccionista y cuando menos había exigido un 30% de comuneros que consintieran la división de la comunidad⁴⁵⁹. Ahora ni siquiera era necesario el consentimiento de un comunero, sino que los organismos del Estado podían actuar a solicitud incluso de un *ocupante*, para parcelar las tierras y asignar títulos individuales⁴⁶⁰. Esto provocó la inmediata reacción del movimiento indígena, especialmente del Mapuche en el sur y del pueblo Rapa Nui en el océano pacífico, amenazado por el Decreto Ley 2885 de similar contenido⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Salvo durante la vigencia de la ley 4.169 de 1927 que permitía que un sólo comunero solicitara la división de la comunidad. Ésta fue derogada en 1930 por la ley 4802 que fue aun más *liquidacionista*, pues ordenaba al Tribunal Especial Indígena dividir de oficio las comunidades. Sin embargo, esta fue rápidamente derogada por el DFL 266 de 1931 que puso fin a la división forzada y obligatoria de la propiedad, exigiendo al menos un tercio de los comuneros avalara la liquidación de la comunidad. (REYES, Mylene, *op. cit.* 48-52)

⁴⁶⁰ El artículo 10° de la mencionada normativa señalaba que *“El procedimiento de la división de la reserva se iniciará por una solicitud del Abogado Defensor de Indígenas, formulada al Juez competente a requerimiento escrito de cualesquiera de los ocupantes de ella. El requerimiento se hará al Director Regional correspondiente del Instituto de Desarrollo Agropecuario”*.

⁴⁶¹ El DL 2885 estaba orientado a otorgar título de propiedad individuales *“a los chilenos originarios de*

Los indígenas como pueblo no cabían en el proyecto *neoliberal* de la dictadura.

El 5 de octubre de 1993, en cumplimiento de parte de los Acuerdos de Nueva Imperial, se dictó la ley nº 19.253 sobre "*Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas*" (en adelante LDI), que reguló los derechos de las *etnias originarias* del territorio de la República y las bases de un nuevo trato entre estos y el Estado, aunque con bastantes deficiencias a la luz del estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, cuestión que constataremos a continuación.

a) *Tierra y Territorio*

La ley indígena de 1993 reconoce en su artículo 1º la premisa fundamental desde donde se articulan los derechos territoriales de los pueblos indígenas: que la tierra es el fundamento principal de su existencia y cultura. Además reconoce que éstos existen en el territorio nacional desde tiempo precolombinos. Así mismo establece en su inciso segundo que:

*Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.*⁴⁶²

A partir de este reconocimiento y mandato general, la ley señala cuales son las tierras indígenas y establece una serie de protecciones sobre ellas, que pasamos a enunciar y analizar a partir del estándar de derechos fundamentales que hemos dilucidado a lo largo de este trabajo.

la Isla, entendiéndose por tales, para los efectos del presente texto, los nacidos en ella y cuyo padre o madre cumpla esta condición. Podrán también concederse a los chilenos, no originarios de la Isla, siempre que sean hijos de padre o madre nacidos en ella, que acrediten domicilio y residencia de cinco años y que ejerzan en ésta una profesión, oficio o actividad permanente" (sic).

⁴⁶² Un reciente fallo que actualmente espera ratificación de los Tribunales Superiores de Justicia, ha señalado que "*el concepto 'tierras'* [de la ley de desarrollo indígena] *debe entenderse en su más amplia acepción, comprendiendo todo entorno físico en que se desarrolló, afianzó y se mantiene la cultura indígena.* Sentencia de primera instancia del caso Agua Mineral Chusmiza SAIC vs. Comunidad Indígena Aymará Chusmiza, 31 de agosto de 2006.

El artículo 12° de la normativa señalada establece cuales son las tierras indígenas, y por lo tanto objeto de protección especial por parte del Estado, sus organismos y la sociedad toda.

En su numeral primero reconoce en general como indígena las tierras que los indígenas o sus comunidades *“actualmente ocupan en propiedad o posesión”* provenientes de títulos de comisario, de merced, cesiones gratuitas efectuadas por el Estado y otras formas que éste haya utilizado para regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas y las que indígenas hayan recibido en la reforma agraria y sean inscritas en el registro de tierras indígenas⁴⁶³. Además, los numerales 3 y 4 otorgan esta calidad a aquellas tierras que los tribunales declaren provenientes de los títulos antecedentes y aquellas que el Estado entregue a los indígenas a título gratuito. En caso de que se trate de tierras que fueron asignadas mediante la reforma agraria, se exige además que se inscriba en el registro de tierras indígenas y que CONADI certifique la *homogeneidad* de la comunidad que las posee.

El numeral 2° del mismo artículo se refiere a las tierras ancestrales en los siguientes términos:

Son tierras indígenas:

2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.

De esta manera la ley reconoce expresamente las tierras tradicionales o ancestrales de las comunidades indígenas. Al exigir que se trate de tierras que

⁴⁶³ La jurisprudencia nacional ha entendido el vocablo *“actualmente ocupan”* de este artículo, como referente a la entrada en vigencia de la ley. Por ejemplo la Corte Suprema, ratificando un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado que *“que la ley referida ha querido significar que las tierras indígenas son aquellas que provienen de los títulos que la disposición expresa al tiempo de entrada en vigencia de la Ley 19253, el 5 de octubre de 1993”*. Corte Suprema, 19-6-2002.

hayan sido históricamente ocupadas, la ley se enmarca perfectamente el concepto de territorio ancestral utilizado en los diversos instrumentos revisado y la correspondiente jurisprudencia. El requisito copulativo que exige que se trate de tierras actualmente poseídas, podría entrar en contradicción tanto con la jurisprudencia interamericana relativa al derecho a la restitución -que como vimos no está sujeto a la posesión actual en sentido civilista sino que a la permanencia del vínculo cultural con el territorio- como lo establecido por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto “[l]os *pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido*”, y no solamente a los que actualmente poseen. Desde esta perspectiva, y estando obligado el interprete a considerar el sentido lógico (interno) y sistemático (en relación a la totalidad del ordenamiento jurídico) de la norma para determinar su alcance, esta no puede entenderse de manera que excluya de la calidad de tierra indígena al territorio ancestral actualmente no poseído. De hecho, en esos casos, el Estado está internacionalmente obligado a establecer mecanismo para restituir estas tierras a las comunidades indígenas que legítimamente las reclamen⁴⁶⁴. En este mismo sentido el *Comité de Derechos Humanos de la ONU*, encargado de supervisar la aplicación del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* del cual Chile es parte, emitió un informe con observaciones finales del Comité al *Quinto Informe Periódico de Chile* donde señaló entre otras cosas que “[e]l Estado parte debería agilizar los trámites con el fin de que queden reconocidas tales tierras ancestrales”⁴⁶⁵.

En cuanto a la obligación de que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas a solicitud de los titulares de la propiedad, debe entenderse que aquellos son los propietarios ancestrales, en el sentido que el derecho internacional ha dado al término, y no a los titulares que aparezcan como tales en el derecho común. Comprender esto de otra manera, sería poner

⁴⁶⁴ Artículo 14.3 C° 169 OIT; art. 28 DDPI; CIDH, Caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2007), párr., 130. Aquí la Corte razona en términos de derechos, lo que a *contrario sensu*, obliga al Estado.

⁴⁶⁵ *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párr. 19*

la legislación fuera del marco constitucional. En cualquier caso, esta inscripción en relación a las tierras antiguas, debe entenderse sólo como medio para acreditar el carácter de tierra indígena y no como requisito para constituir las en tales. Cuestión que está dada por encontrarse enumerada en el artículo 12 de la ley. Así lo establece la propia ley en estudio en su artículo 15 que señala que “[l]a Corporación abrirá y mantendrá un Registro Público de Tierras Indígenas. En este Registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12 de esta ley. **Su inscripción acreditará la calidad de tierra indígena. La Corporación podrá denegar esta inscripción por resolución fundada.**” Podría argumentarse que este artículo excluye el caso de las tierras ancestrales del artículo 12 numeral 2°, pues este exigiría el registro en la misma disposición. Sin embargo el alcance de esta norma, sistemáticamente interpretado, indica que también en este caso se trata de un requisito de certeza y no de constitución, por ser la propiedad sobre las tierras ancestrales indígenas un derecho fundamental constitucionalmente protegido. Entender el artículo 12° numeral segundo de otra manera, supondría afectar el contenido esencial del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales -consagrado en el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República entendido evolutivamente como lo ha hecho la Corte Interamericana -, pues negaría la territorialidad indígena⁴⁶⁶.

La propia Corte Suprema, en el caso de la Comunidad Atacameña de Toconce ya citado, asumió una postura similar a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al valor de la inscripción de las aguas de las comunidades indígenas nortinas. En la sentencia que falla el caso, sentó como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas derivada de prácticas consuetudinarias, constituye pleno dominio y que su inscripción es únicamente una fórmula para delimitar con certeza su punto de captación y caudal. Señala la sentencia que *“es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización... si esa utilización deriva de prácticas*

⁴⁶⁶ El artículo 19 n° 26 de la CPR establece que *[l]a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*

*consuetudinarias*⁴⁶⁷. Para el máximo tribunal de la República, la ley 19253 en su artículo 3° transitorio – que establece la obligación de proteger, constituir y restablecer los derechos de aguas de propiedad ancestral de los aymará y atacameños- optó **“por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de las comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión de uso del recurso hídrico”**.⁴⁶⁸ Por otro lado, la Corte Suprema señala en la sentencia que el legislador ha reconocido el uso consuetudinario como derecho en relación a las aguas en la propia Constitución, entendiéndolo incorporado en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental⁴⁶⁹. O sea, la Corte Suprema ha dado luces sobre el alcance y sentido del derecho constitucional a la propiedad, estableciendo -del mismo modo en que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que éste derecho incluye la propiedad ancestral de los pueblos indígenas.

Por su parte, artículo 13 prohíbe que las tierras indígenas sean enajenadas, embargadas, gravadas, o adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de la misma etnia. Con autorización de CONADI pueden ser gravadas con ciertas limitaciones. Las tierras comunitarias no pueden ser arrendadas, dadas en comodato ni cedidas a terceros en uso, goce o administración. En materia sucesoria se someten al derecho consuetudinario y subsidiariamente al derecho común. Las tierras poseídas individualmente por personas indígenas pueden ser arrendadas por un plazo máximo de cinco años y pueden permutarse -previa autorización de CONADI y el consentimiento de la cónyuge formal o putativa- por tierras comercialmente equivalentes que adquirirán la calidad de tierras indígenas. La sucesión de estas tierras se rige por el derecho común. La ley señala que los *“actos y contratos celebrados en*

⁴⁶⁷ Corte Suprema, fallo Comunidad Atacameña de Toconce con ESSAN S.A, considerando 3°.

⁴⁶⁸ *Ídem*.

⁴⁶⁹ Considerando 6°.

*contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta*⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹.

Habiendo establecido un estatuto especial para las tierras indígenas caracterizado por una especial protección a ellas en cuanto las saca parcialmente del mercado de tierras, la ley crea un Fondo de Tierras y Aguas (FTA) administrado por CONADI⁴⁷² con presupuesto propio establecido en el presupuesto anual de la Nación⁴⁷³. Sus objetivos principales son dos, a) otorgar subsidios para la compra de tierras y aguas a personas o comunidades indígenas en función de criterios socio-económicos y b),

financiar mecanismos que permitan solucionar problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras concesiones u asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas⁴⁷⁴.

Se trata de el principal instrumento de la política de pública del Estado de Chile hacia los pueblos indígenas en relación a sus derecho a la tierra. Como se ve, la segunda función señalada es el mecanismo específico desde donde es posible dar un contenido efectivo a este derecho. Sin embargo la forma en que

⁴⁷⁰ La nulidad absoluta está regulada en el artículo 1682 del Código Civil (CC). Esta no se sana ni por la voluntad de las partes ni por un lapso inferior a los 10 años, o sea, el transcurso de dicho plazo sin que se alegue la nulidad permite sanear el vicio. Por ejemplo, transcurridos 10 años de la compraventa de un terreno celebrada con un incapaz absoluto sin que se alegue el vicio del título, prescribirá la acción de nulidad, saneándose el título. Si por otra parte, se tiene la posesión ininterrumpida, pacífica y pública del terreno por el mismo tiempo, se adquiere el derecho de dominio por usucapión extraordinaria (2510 del CC). Sin embargo en el caso de tierras indígenas, la ley que las rige prohíbe expresamente la adquisición por prescripción. Siendo una ley especial prima sobre las disposiciones de la ley común (artículo 4 del CC). Esto significa que aunque el título quede saneado transcurridos 10 años, no puede adquirirse la propiedad, si no es a través de una permuta autorizada por CONADI. Esta forma de interpretar la normativa es acorde con el objetivo de la ley señalado en su artículo 1: “*El estado reconoce que...la tierra es el fundamento principal de [la] existencia y cultura [de los indígena de Chile]...El estado valora [la existencia de las etnias indígenas de Chile] por ser parte esencial de las raíces de la nación Chilena, así como su integridad y desarrollo...Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones...proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación*”.

⁴⁷¹ Las protecciones a la tierra indígena continúan en el artículo 17, que prohíbe la subdivisión de tierras que ya han sido divididas de acuerdo al DL 2568 de 1979 y a la actual ley, salvo para construir infraestructura comunitaria. Además el juez puede autorizar la subdivisión por resolución fundada siempre que no resulten lotes inferiores a 3 hectáreas. Podrán constituirse derechos reales de uso en beneficio de familiares para permitir acceso a programas de habitación.

⁴⁷² Artículo 20 Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁷³ Art. 21 Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁷⁴ Art. 21 letras a), b) y c) Ley de Desarrollo Indígena.

éste ha sido utilizado desde su creación apunta en otra dirección. El propio Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas Rodolfo Stavenhagen da cuenta de sus limitaciones tanto estructurales como funcionales. Lo primero en cuanto *“prevé la titulación privada de predios pero no la restitución de antiguas tierras comunales”* y lo segundo porque *“se implementa lentamente con recursos insuficientes, lo que no ha permitido extenderlo a todas las áreas necesitadas, produciendo insatisfacción entre la población indígena”*⁴⁷⁵. Sin embargo, puede argumentarse que el FTA creado por la Ley de Desarrollo Indígena podría ser idóneo para la restitución de las tierras antiguas -siempre y cuando se lo dotara de recursos suficientes-, máxime cuando no existe disposición alguna en contrario. Sin embargo, es claro que esta no fue la intención del legislador⁴⁷⁶. Por ejemplo, en la discusión parlamentaria previa a su aprobación, y en relación al Fondo para Tierras y Aguas Indígenas quedo establecido que,

*[n]o se trata de un fondo físico de tierras, sino básicamente de un mecanismo para subsidiar a personas, agrupaciones y comunidades indígenas; financiar soluciones que permitan cumplir resoluciones o transacciones judiciales o extrajudiciales; facilitar o financiar el pago de mejoras; financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas; administrar líneas de crédito para programas de superación de minifundio y financiar planes para la recuperación de la calidad de la tierra...se trata de un mecanismo que, en rigor, cumple con un doble objetivo: por un lado **facilita el acceso de los indígenas a las tierras**, como ya he dicho, y, por el otro -y eso es fundamental-, **lo que se adquirirá por la vía del Fondo no tiene el carácter de tierra indígena, ni se halla, por tanto, sometido al mismo sistema de protección perpetua.***⁴⁷⁷

Como se aprecia en el texto citado, la reconstrucción de los territorios indígenas está lejos de ser un objetivo del FTA. De hecho, tal como se señala, las tierras adquiridas con estos recursos sólo quedan protegidas por 25 años,

⁴⁷⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. E/CN.4/2004/80/Add.3. El 17 de noviembre del 2003.

⁴⁷⁶ De hecho la indicación de los senadores de Sra. Soto y Sr. Calderón en orden a reemplazar la expresión *“la tierra”* por *“el territorio”* de manera que la parte final del inciso primero señale que es *“el territorio el fundamento principal de su existencia y cultura”* fue rechazada por unanimidad por la Comisión del Senado (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*, Ley 19253, Protección Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Santiago de Chile 1997, p. 395)

⁴⁷⁷ *Ídem*, pp. 346s

trascurridos los cuales, pasan a ser tierras ordinarias, lo que se desprende del inciso primero del artículo 22 de la LDI⁴⁷⁸. Por otra parte, la LDI permite el dominio colectivo de las tierras indígenas, aunque sólo titularizadas por una comunidad constituida de acuerdo a la ley⁴⁷⁹. Esto contraviene el derecho internacionalmente reconocido a los pueblos indígenas para organizarse de acuerdo a sus propias costumbres y a que sus tierras sean tituladas de acuerdo a ello⁴⁸⁰. A este respecto la ley establece en el artículo 63 una norma especial relativa al saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades *aymara* y *lickanantay* del norte del país. Esta ordena salvaguardar tres tipos de dominio entre los cuales está la propiedad colectiva de la “*Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley*” y las “*tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas*”. En este caso, además de adolecer del defecto ya señalado, la norma podría provocar una discriminación en relación a las comunidades pertenecientes a otros pueblos indígenas, respecto de las cuales no existe una norma equivalente que autorice la titulación de sus tierras en favor de varias comunidades.

El mayor problema lo encontramos a nivel del diseño sub-legal de la política pública en la materia⁴⁸¹. El reglamento de la LDI, otorga al Director de CONADI -designado por el Presidente de la República- la facultad de distribuir

⁴⁷⁸ “*Las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13*”.

⁴⁷⁹ El artículo 12 de la Ley de Desarrollo Indígena señala en su penúltimo inciso que “[l]a propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley”.

⁴⁸⁰ El Conenio 169 de la OIT señala en su artículo 13.2 que: “*Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para **determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión***”. Por su parte, la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de NN.UU establece en su artículo 27 que: “*Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, **en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso***”. La **negrita** es nuestra.

⁴⁸¹ Ley de Desarrollo Indígena remite a un Reglamento para establecer las formas, condiciones y requisitos del financiamiento del Fondo. Éste fue dictado en 1995 y lleva el número 395 del Ministerio de Planificación y Cooperación.

los recursos del FTA, en base a informes jurídico-administrativo que detallan la situación de las comunidades que aplican para resolver problemas *de tierras* y orientado por criterios de prioridad establecidos por el propio reglamento en conjunto con los parámetros establecidos en la Política de Tierras de CONADI⁴⁸². Precisamente en el documento en que se establece que,

la Corporación entiende que sin una suficiente y equilibrada base material de sustentación económica de la población indígena rural, una gran parte de la misma estaría en graves problemas de sobrevivencia. Esto obliga a precaver para los mismos una suficiente cantidad de espacio, tierras, aguas, bosques y riberas.

Como se ve, la administración utiliza concepto económico de *tierra*, que si bien responde a un aspecto innegable de la realidad -esta como factor productivo- no describe de manera adecuada la territorialidad indígena en el sentido que latamente hemos expuesto: como elemento fundamental de la cosmovisión indígena y de su supervivencia cultural. Es más, el documento continua describiendo lo que a su juicio son las dificultades que ha tenido el FTA en su funcionamiento,

*[U]n tercer problema ha sido la confusión existente entre "Territorio" (un concepto político) y "Tierra" (un concepto económico). **Se comenzó a difundir la equivocada idea de que era posible reconstituir el territorio ancestral a partir de las acciones y compras de tierras de la Conadi.** La experiencia ha mostrado que no se puede reconstituir un territorio ancestral por la vía de compras de tierras a precios de mercado porque no existe suficiente dinero público para comprarlas y porque a veces su dueño actual puede decidir no venderlas⁴⁸³.*

Como puede apreciarse, este potencial mecanismo legal de *restitución de tierras indígenas* es entendido como un simple fondo destinado a la *compra de tierras para indígenas*, que no es apto para permitir el ejercicio del legítimo derecho de los pueblos indígenas a reclamar y reconstruir sus territorios. Esto tanto por las limitaciones propias de su carácter mercantil -resaltadas por la

⁴⁸² Estos son cantidad de personas o comunidades de afectadas, gravedad de la situación social de los afectados y antigüedad del problema (CONADI *La Política de Tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, texto aprobado el 27 de agosto de 1999 por el Concejo Nacional de dicha Institución).

⁴⁸³ Ídem, Párrafo II, letra c), apartado 4.

misma CONADI-, como por la forma en que sus siempre escasos recursos han sido utilizados⁴⁸⁴. Lamentablemente, esta limitación intrínseca del instrumento no es comprendida por la autoridad. En el mismo documento, al esbozar una política de tierras para el futuro propone la formación de un *Banco de Tierras* en CONADI que le “*permitiría acabar con la especulación de los precios y formar un stock de tierras compradas a precios de ocasión y no de conflicto. A su vez, permitiría entregar tierras a comunidades y personas con proyectos de desarrollo comprometidos de antemano*”⁴⁸⁵. Queda así en evidencia la completa carencia por parte del Estado de una comprensión cabal de la reivindicación territorial indígena. Esto se constata al verificar la extendida práctica de las *relocalizaciones*, por medio de la cual CONADI compra tierras a comunidades que las reclaman en lugares muy distantes a los territorios reivindicados, donde éstas no tienen redes sociales y familiares de apoyo, ni relación especial con la tierra. La situación se vuelve más grave aun cuando el lugar elegido para la relocalización es parte del territorio reivindicado por otra comunidad⁴⁸⁶.

Este carácter economicista en que se funda la respuesta estatal a la demanda territorial indígena debilita la coherencia del estatuto especial que rige las tierras indígenas. Ya hemos visto que estas quedan prácticamente fuera del mercado de tierras, lo que tendría pleno sentido si esas tierras tuviesen el carácter de territorios indígenas, con los derechos políticos que esto lleva consigo. Sin embargo, como veremos a continuación, el sistema jurídico chileno ha negado sistemáticamente la posibilidad que los pueblos indígenas administren autónomamente sus territorios. ¿Cómo explicar entonces esta *capitis diminutio* a la que quedan reducidos los propietarios indígenas que no pueden ejercer plenamente sus derechos políticos ni enajenar libremente sus *bienes económicos*? ¿Es que el Estado sigue siendo *asimilacionista*, en tanto

⁴⁸⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, párr. 20 y 30.

⁴⁸⁵ Política de tierras...*op.cit*, Párr. 4, 2, letra a)

⁴⁸⁶ Sobre este tema puede consultarse GONZÁLEZ P., Karina, y otros, *Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”*. Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche, Documento de Trabajo N° 6, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Temuco, 2006, consultado en línea [<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20080425111514>] el 15 de enero de 2009.

niega la especificidad indígena y su territorialidad, y *paternalista*, cuando a reglón seguido de la negación, viene a *proteger las tierras* de los pueblos originarios? Algunos sostienen que es necesario “*sustraer sus tierras de toda forma de protección*” de manera de que les sean “*restablecidas en plenitud todas las facultades emanadas del derecho real de dominio sobre sus tierras, equiparándolos así al estatuto de propiedad de que gozan todos los chilenos*”⁴⁸⁷. Sin embargo esta no es la única salida, ni menos la más acorde con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esta alternativa consiste en reconocer legal y/o jurisprudencialmente la territorialidad indígena con sus implicancias políticas (autonomía) y económicas (administración de recursos naturales), alcanzando así la relación Estado-Pueblos Indígenas el estándar de derechos fundamentales actualmente vigente

La Ley de Desarrollo Indígena sienta las bases de una política de tierras que, hasta la fecha se ha mostrado insuficiente, e incluso contraproducente, para alcanzar el respecto a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Sin embargo, ya hemos visto que nuestro ordenamiento jurídico ya ha incorporado estos contenidos mediante la recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que intentaremos dilucidar ahora es si la legislación vigente al momento de dicha recepción otorga, junto al estatuto especial para las tierras indígenas, un reconocimiento a los territorios indígenas que les permita ejercer en estos su derecho a la libre determinación concretado en la autonomía, como lo establece la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁸⁸.

El concepto de territorio en la LDI tiene sólo dos apariciones. La primera se refiere al derecho que se reconoce a los indígenas a “*ejercer comunitariamente actividades en los sitios sagrados o ceremoniales, cementerios, apachetas, campos deportivos y otros espacios territoriales de*

⁴⁸⁷ *Convenio 169: ¿Un Paso Hacia Adelante?*, Revista Temas Públicos, [860], Instituto Libertad y Desarrollo, 2008, consultada en línea el www.lyd.com/LYD/bajar.aspx?archivo=/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3803/deploy/TP-860...14-03-2008.pdf el 15 de enero de 2009.

⁴⁸⁸ Artículos 3 y 4 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas

uso cultural o recreativo, que sean de propiedad fiscal⁴⁸⁹. Además las comunidades podrán solicitar la transferencia a título gratuito de dichos inmuebles⁴⁹⁰.

A la luz del estado actual del reconocimiento internacional de derechos de pueblos indígenas recepcionado por nuestro ordenamiento esta norma queda por debajo del estándar de derechos, puesto que el Convenio 169 extiende este derecho de uso a todas las tierras a las hayan tenido acceso consuetudinario, sean del Estado o de los particulares⁴⁹¹. Además se constituye como un derecho alternativo al que tienen las comunidades para exigir la restitución de sus territorios (art. 26 DDPI). Por otra parte, el *espacio territorial* entendido como lugar para ejercer actividades comunitarias resulta absolutamente insuficiente para describir *“la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*, que es como se entiende actualmente el territorio indígena⁴⁹².

La siguiente utilización del término territorio se da en el artículo 61 la LDI que reconoce *“el sistema tradicional de cacicados y su ámbito territorial”* de los mapuche *williche* y ordena a las autoridades del Estado establecer *“relaciones adecuadas con los caciques y sus representantes para todos aquellos asuntos que se establecen en el Párrafo 2° del Título III [áreas de desarrollo indígena] y en el Párrafo 1° del Título V [participación indígena]”*. Esta norma resulta desconcertante pues reconoce como interlocutor válido únicamente las autoridades tradicionales de una parte del pueblo mapuche, excluyendo las demás y a todos los demás pueblos indígenas y sólo para efectos de determinados aspectos de la relación Estado/Pueblo Indígenas. Esto constituye una discriminación aberrante, evidentemente contraria a la Constitución y al

⁴⁸⁹ Art. 19 inciso 1° Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁹⁰ Art. 19 inciso 2° Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁹¹ EL artículo 14.1 del Convenio 169 dice que *“[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”*.

La **negrita** es nuestra.

⁴⁹² Art. 13.2 C° 169 OIT.

derecho internacional. Por su parte, la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas vincula el derecho a la participación y consentimiento libre, previo e informado a las instituciones representativas de los pueblos indígenas afectados y *“elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos”*⁴⁹³.

Hasta aquí no hemos encontrado disposición alguna que permita armonizar la legislación interna con el nuevo estándar de derechos de los pueblos indígenas en relación al derecho al territorio. Pero todavía nos queda revisar la institución de las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI). De acuerdo a la normativa vigente estas *“serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”*⁴⁹⁴. Para determinar las Áreas deben considerarse *“los espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas”*⁴⁹⁵, la densidad de población indígena⁴⁹⁶, la homogeneidad ecológica⁴⁹⁷ y *“la dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios”*⁴⁹⁸. De la sola lectura del texto legal queda claro que -si bien el concepto de Áreas de Desarrollo Indígena recogen elementos culturales, ambientales y económicos- no responde al concepto de territorio indígena apropiado para el ejercicio de sus derechos fundamentales, de hecho, no otorga derechos. Por el contrario, al igual que la política de tierras, se enmarca dentro de una concepción economicista de la situación y reivindicaciones de los Pueblos Originarios, en cuanto apunta a focalizar y administrar adecuadamente desde el Estado, los recursos y programas fiscales destinados a las comunidades indígenas. Lejos se encuentra esta institución de permitir la autonomía de estas.

⁴⁹³ Arts. 18, 19, 30.2 y 32.2 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas

⁴⁹⁴ Art. 26 Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁹⁵ Art. 26 inciso letra a) Ley de Desarrollo Indígena.

⁴⁹⁶ Ídem letra b) y c).

⁴⁹⁷ Ídem letra d).

⁴⁹⁸ Ídem letra e) .

b) Participación, Consulta y Autonomía

Para hacer efectiva la participación indígena, la LDI promueve la creación de comunidades indígenas entendidas como agrupaciones de personas pertenecientes a una misma etnia que provengan de un mismo tronco familiar, reconozcan una jefatura tradicional, posean o hayan poseído tierras indígenas en común o provengan del mismo poblado antiguo⁴⁹⁹. La norma deja abierta la posibilidad de crear varias comunidades a partir de cierto número de integrantes, lo que ha generado la institucionalización de divisiones internas en las mismas comunidades. Por otra parte, dispone la obligación de establecer una orgánica gremial que no responde a su organización propia, sea tradicional o no⁵⁰⁰, contraviniendo con ello el derecho consagrado en la DDPI a elegir de acuerdo a sus representantes *“de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”*⁵⁰¹.

La participación de los indígenas en la planificación de las políticas de desarrollo que les atañen se reduce a los 8 representantes indígenas, propuestos por las Comunidades y **designados por el Presidente de la República**, que participan de la dirección superior de CONADI compuesta por 17 miembros⁵⁰². Es este órgano el que propone al Ministerio de Planificación y Cooperación el establecimiento de las Áreas de Desarrollo Indígena. En cada subdirección de la Corporación habrá un Consejo Indígena de carácter estrictamente consultivo compuesto por indígenas nombrados por el Subdirector Nacional. En relación a la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en las ADI se *“considerará la participación de las comunidades ahí existentes”*. Sin embargo será CONADI, en acuerdo con CONAF o el SAG, los que decidirán la forma y alcance de esta participación respecto a los derechos de uso de dichas áreas.

Por último, en relación a la participación, los servicios de administración

⁴⁹⁹ Art. 9 Ley de Desarrollo Indígena.

⁵⁰⁰ Art. 10 Ley de Desarrollo Indígena.

⁵⁰¹ Art. 18 DDPI

⁵⁰² Art. 41 letra d) Ley de Desarrollo Indígena.

del Estado y las organizaciones territoriales tienen la obligación de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas reconocidas por ley (comunidades y asociaciones⁵⁰³). Por otra parte, una de las funciones principales de CONADI es promover la participación de los indígenas y sus comunidades en la vida nacional⁵⁰⁴.

A este respecto, recientemente la Presidenta Bachelet ha dado un *instructivo presidencial* en el marco de su propuesta “*Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad*” en el cual se busca “*promover el diseño y utilización adecuados que aseguren que en la elaboración de cada política y programa de gobierno se consideren las especificidades de las comunidades y pueblos indígenas, para que sean pertinentes a sus realidades y culturas singulares*”⁵⁰⁵. Para ello ordena, entre otras acciones, la creación de Unidades de Asuntos Indígenas en cada Ministerio e Intendencia, la adaptación de los programas y planes de cada ministerio para incorporar la *pertinencia indígena* y establecer mecanismo de información y consulta a los pueblos indígenas para el diseño de medidas administrativas o legislativas que puedan afectarles⁵⁰⁶. Con esto, se pretende dar cumplimiento al derecho a la consulta consagrado en el Convenio 169⁵⁰⁷. Sin embargo, estas medidas resultan insuficientes a la luz de la incorporación que el propio Convenio hace de las normas de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. De acuerdo a este instrumento internacional firmado por Chile los “*Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado*”⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Estas son agrupaciones voluntarias de al menos 25 indígenas con objetivos culturales, profesionales o económicos entre otros (art. 36 y 37 Ley de Desarrollo Indígena)

⁵⁰⁴ Artículo 39 Ley de Desarrollo Indígena.

⁵⁰⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Instructivo Presidencial que implementa iniciativas de Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad*, gab. Pres. N° 005, 25 de junio de 2008, párr. 9.

⁵⁰⁶ *Ídem*, párr. 10. Sin embargo, el instructivo acota el ámbito de aplicación de este deber de “*información y consulta*” de las comunidades indígenas solo a iniciativas de la Administración del Estado que constituyan “*proyectos de normativa legal o reglamentarias*” y el “*diseño de planes y programas sectoriales*”, lo cual excluye el ámbito de decisiones administrativas que autorizan la explotación de recursos en sus territorios (*Ídem*, párr. 23).

⁵⁰⁷ *Ídem*, párr. 21.

⁵⁰⁸ Art. 19 DDPI

Por la tanto, la implementación de estos derechos requiere de una modificación legal que opere transversalmente sobre los diversos ámbitos sectoriales (aguas, minería, electricidad, medio ambiente), de manera tal, que cualquier iniciativa que afecte los territorios indígenas y los derechos de aquellos sobre estos, deba obtener su consentimiento previo, libre e informado. Esto, sin perjuicio de la aplicabilidad directa de este derecho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a las comunidades indígenas y tribales que se vean afectadas por proyectos de inversión que puedan afectar su propia subsistencia⁵⁰⁹.

No cabe duda que esta ley significó un avance respecto a la legislación *asimilacionista* de la dictadura, sobre todo en lo que respecta al reconocimiento programático de la importancia de la tierra para los Pueblos Indígenas, aunque no se refiera a ellos como tales sino como etnias. Sin embargo se desconoce el derecho ancestral que tienen sobre sus tierras y las protecciones que tienen son insuficientes, que por lo demás dependen de un organismo como CONADI -que puede autorizar gravámenes-, dependiente fundamentalmente del gobierno de turno.

La mención a espacios u ámbitos territoriales en la Ley de Desarrollo Indígena chilena no apunta a la creación de territorios indígenas autónomos, donde estos puedan ejercer el control sobre su desarrollo económico, social y cultural, sino modos de administrar las políticas diseñadas por el Estado para promover el desarrollo indígena y en definitiva, su integración al proyecto de desarrollo nacional. La participación es restringida a organismos sin poder de decisión ni aun en las materias que les atañen directamente. Además en todos los casos los integrantes son elegidos por la autoridad estatal, lo que les quita cualquier grado de representatividad e independencia del Ejecutivo. Tampoco existe mecanismo alguno para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las instancias de representación nacional.

⁵⁰⁹ Corte Interamericana, caso *Saramaka vs. Surinam* (2008), párr. 128

2. La Ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, la variable antropológica y la protección de derechos

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente establece entre otras cosas un Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA) para los proyectos de inversión que cumplan con determinadas condiciones establecidas en el mismo cuerpo legal y que se pretendan llevar a cabo en el país. El procedimiento contempla dos mecanismos para darle inicio: la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA). El primero consiste en una descripción del proyecto que se pretende realizar, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes. El segundo, además debe *“proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos”* y establece mecanismos de participación ciudadana.

El artículo 11° de la Ley en comento establece las características que debe reunir el proyecto sometido a evaluación para que deba ingresar mediante Estudio de Impacto Ambiental al SEIA. En su letra c) incluye aquellos proyecto o actividades impliquen el *“[r]easentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”* y en su letra f) aquellos que provoquen *“[a]lteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”*. Así mismo, el Reglamento de la Ley establece en su artículo 9 que

[e]l titular deberá presentar un Estudio de Impacto Ambiental si su proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar.

A objeto de evaluar si el proyecto o actividad se localiza próximo a población, recursos o áreas protegidas susceptibles de ser afectados, se considerará:

a) la magnitud o duración de la intervención o *emplazamiento del proyecto o actividad en o alrededor de áreas donde habite población protegida por leyes especiales.*⁵¹⁰

Estas tres disposiciones conforman lo que se ha sido denominado como la *variable antropológica*, elemento que ha sido utilizado para intentar incorporar los derechos de los pueblos indígenas en el SEIA. El mismo reglamento señala que para evaluar si un proyecto genera *reasentamiento* de comunidades humanas, debe considerarse “*el desplazamiento y reubicación de grupos humanos que habitan en el área de influencia del proyecto o actividad, incluidas sus obras y/o acciones asociadas*”⁵¹¹. Para evaluar si el proyecto “*genera alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos*”, debe considerarse las modificaciones que se producirían en diversas dimensiones que caracterizan dicho sistema de vida, entre ellas, la “*dimensión antropológica, considerando las características étnicas; y las manifestaciones de la cultura, tales como ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados*”⁵¹². Esas características étnicas son las que corresponden a las etnias y las comunidades indígenas reconocidas en la Ley de Desarrollo Indígena (LDI). Por ello, el SEIA debe exigir que se evalúen los potenciales impactos que afecten sus derechos, no sólo en función limitada “*dimensión antropológica*” establecida en el Reglamento, sino principalmente a la luz de lo establecido por la LDI⁵¹³, interpretada a luz de la Constitución. De esta manera, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la LDI deben interpretarse y aplicarse a la luz de las obligaciones internacionales del Estado de Chile. En este sentido, al evaluar un proyecto con pertinencia indígena, los organismos públicos competentes deben tender a: a) facilitar la conservación de las manifestaciones étnicas y culturales propias de las pueblos indígenas⁵¹⁴; b)

⁵¹⁰ La **negrita** es nuestra.

⁵¹¹ Artículo 8° inciso 2° Reglamento 95/01 de la Ley 19.300.

⁵¹² *Ídem* inciso 4° letra c).

⁵¹³ YÁÑEZ, Nancy (coord.), *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*, en línea, formato *word*, [www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=2006020103264], p. 189.

⁵¹⁴ Artículo 5° LDI; artículo 5° letra a) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU y artículos 5, 8.1; artículo 11 de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPPII).

proteger las tierras y territorios indígenas como fundamento de la existencia y cultura indígenas, *“incluyendo la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”*, velando por su adecuada explotación y su equilibrio ecológico⁵¹⁵; y c) respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, permitiendo que ellos mismos definan sus prioridades de desarrollo⁵¹⁶. Así mismo, el estándar de derechos de pueblos indígenas desarrollado y cristalizado en el derecho internacional e incorporado a nuestro ordenamiento por la vía del inciso segundo del artículo 5° de la CPR obliga a entender que los Pueblos Indígenas tienen el control sobre sus propias formas de desarrollo, lo que incluye la *“facultad de oponerse a decisiones de terceros susceptibles de afectar su estrategia de desarrollo, como ocurre en el caso de que el Estado o particulares dispongan de recursos de los Pueblos Indígenas sin su consentimiento libre e informado”*⁵¹⁷.

Lo determinante aquí es establecer si la Ley 19.300 y su SEIA permite el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, particularmente su derecho a la consulta previa -que bajo determinadas condiciones se convierte en derecho al consentimiento previo, libre e informado- y sus derechos territoriales. De acuerdo a lo expuesto, la Ley obliga a que en los casos en que los proyectos propuestos puedan afectar las formas de vida de las comunidades indígenas, deben ingresar al SEIA mediante el EIA que permite la participación ciudadana. De acuerdo a la normativa, esta participación se verifica una sola vez mediante observaciones al EIA presentadas ante la CONAMA dentro de los sesenta días siguientes a la publicación del extracto del EIA. El organismo que resuelve (la COREMA o la CONAMA, según el caso) sólo tiene la obligación de ponderarlas en los fundamentos de su resolución y notificar ésta a quienes las hubieren presentado⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Artículo 1° inciso 3° LDI; artículo 13 C° 169; artículo 1° del PDCP; artículo 1° el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NN.UU (PDESC), artículo 26 de la DDPII

⁵¹⁶ Artículo 1° Ley de Desarrollo Indígena. YÁÑEZ, Nancy (coord.), *op. cit.*, p. 190.

⁵¹⁷ YÁÑEZ, Nancy (coord.), *op. Cit.*, pp. 194.

⁵¹⁸ Artículo 22 Ley 19.300

Resulta evidente que la participación consagrada -ciudadana y no específicamente indígena- es extremadamente limitada y no es vinculante para la COREMA, por lo que es percibida como “*un ingrediente meramente formal en el proceso de toma de decisiones ambientales*”⁵¹⁹. Así mismo, está lejos de satisfacer el estándar internacional de derechos de pueblos indígenas, que en relación al derecho a la consulta

no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como 'un verdadero instrumento de participación', que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas⁵²⁰.

Por otra parte, esta norma y sus mecanismos de evaluación de proyectos no están diseñados para el ejercicio de los derechos territoriales indígenas. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, los Pueblos Indígenas tienen derecho a la autogestión de los recursos que se encuentran en sus territorios. En otras palabras “*la autonomía de los Pueblos Indígenas [es] ejercida a través de la organización social que funciona en el seno de la comunidad étnica...para disponer autónomamente de sus recursos*”⁵²¹. Sin embargo, la Ley de Bases del Medio Ambiente entrega al inversionista la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y la definición de los aspectos culturales que pueden ser afectados por su proyecto. Asimismo, la autorización para llevar a cabo las actividades la entrega en definitiva la COREMA, organismo que depende fundamentalmente del Ejecutivo central y en el que ni los Pueblos Indígenas ni sus comunidades tiene posibilidades reales ni formales de incidencia⁵²².

⁵¹⁹ SABATINI, Francisco, SEPÚLVEDA, Claudia, y BLANCO (2000), *Participación Ciudadana para enfrentar conflictos ambientales. Desafíos para el sistema de evaluación de impacto ambiental*, Centro de Investigación y Planificación del Medio Ambiente CIPMA, Santiago, Chile, citado en YÁÑEZ, Nancy (coord.), *op. Cit.*, p. 51.

⁵²⁰ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), *op. Cit.*, párr. 23. La **negrita** es nuestra.

⁵²¹ YÁÑEZ, Nancy (coord.), *op. Cit.*, pp. 193s

⁵²² El artículo 81 de la Ley 19.300 establece que “*Las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, incluida la correspondiente a la Región Metropolitana, estarán integradas por el Intendente, quien la presidirá, por los Gobernadores de la región, por los Secretarios Regionales Ministeriales de los Ministerios a que se refiere el artículo 71, por cuatro consejeros regionales elegidos por el respectivo Consejo en una sola votación, y por el Director Regional de la Comisión del Medio Ambiente, quien actuará como secretario*”. Los SEREMI's a los que se refiere el artículo 71 de la misma son Ministro

Considerando el deficiente estatuto de participación consagrado en la Ley 19.300 y el carácter indubitadamente autoejecutable de las normas sobre consulta y participación establecidas en el Convenio 169 de la OIT, cabe afirmar que la autoridad encargada del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto es la CONAMA, debe implementar un mecanismo de consulta previa que responda al estándar internacional. Para ello, y mientras no exista una resolución particular para el efecto, pueden resultar útiles las Recomendaciones que el Relator Especial de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas hizo llegar al gobierno de Chile para la implementación de una consulta relativa a la reforma constitucional sobre pueblos indígenas. Igualmente orientador puede resultar el *Instructivo Presidencial que Implementa Iniciativas de Reconocer: Pacto por la Multiculturalidad*, que establece en sus párrafos 20 a 37 un mecanismo de información y consulta a los Pueblos Indígenas respecto de iniciativas de la Administración del Estado.

3. La Ley 20.246 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (Ley Lafkenche)

En 1991 se promulgó Ley de Pesca y Acuicultura que estableció el modo de administración y explotación del borde costero. En esa ocasión, la nueva legislación no reconoció ningún derecho a las comunidades indígenas que habitan ancestralmente dichos territorios. A partir de esta situación, las comunidades *mapuche-lafkenche* comenzaron un proceso de articulación, primero para pedir modificaciones a la legislación, para luego exigir una ley que reconociera sus derechos sobre el borde costero.

Tras más de 10 años de discusión, el 31 de enero de 2008 se promulgó la Ley de 20.246 conocida como *Ley Lafkenche*. Se trata del primer cuerpo

el de SEGPRESS, RR.EE, Defensa Nacional, Economía, MIDEPLAN, Educación: OO.PP, MINSAL, MINVIU, Agricultura, Minería, Transportes y Telecomunicaciones, y Bienes Nacionales. Cabe señalar que todos sus miembros -salvo los cuatro consejeros regionales- son funcionarios de confianza del Presidente de la República.

legal chileno que utiliza la voz *pueblos originarios*. Además alude al *uso consuetudinario* del territorio y lo protege. Junto con esto *“logra instalar en la legislación chilena y en todo el espectro político los conceptos de multiculturalidad... territorio y administración comunitaria, dejando así expresada nuestra cosmovisión y ancestral forma de organizarnos”* -según lo señalado por *Identidad Territorial Lafkenche*- organización indígena que fue la principal impulsora del proyecto⁵²³. Señalan así mismo que la ley *“es un triunfo para el movimiento indígena de Chile y América Latina, pues las comunidades se expresaron y lograron que se legisle en función del territorio, en este caso el borde costero, y sus múltiples usos, no sólo económicos”*⁵²⁴.

Sin duda esta ley significa un tremendo avance, tanto porque su impulso provino directamente desde las comunidades indígenas, como por que fueron escuchadas durante todo su proceso de elaboración. En cuanto a su contenido, es necesario realizar el ejercicio que hemos venido haciendo, esto es, contrastarlo con el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos actualmente vigente en Chile.

La Ley en su artículo 3° establece el espacio costero marino de Pueblos Originarios *“cuyo objetivo será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero”*. La superficie de este espacio costero *“estará determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario realizado en él, de conformidad con el artículo 6°”*⁵²⁵. De acuerdo a éste, el uso consuetudinario se funda en la utilización *“que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante”* y se refiere a *“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”* incluyendo *“usos*

⁵²³ *De las comunidades mapuche lafkenche de la Identidad Territorial Lafkenche a la opinión pública*, consultado en línea [<http://www.identidadlafkenche.cl/declaraciones/decl12.html>] el 16 de enero de 2009.

⁵²⁴ Ídem.

⁵²⁵ Art. 4° Ley Lafkenche.

pesqueros, religiosos, recreativos y medicinales". De esta manera, la nueva ley concreta el mandato de respeto, protección y promoción de la cultura indígena contenido en el artículo 1° de la LDI, como así mismo, reconoce el derecho a la cultura establecido por los diferentes instrumentos internacionales revisados a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, al establecer el procedimiento para hacer efectivo el resguardo del territorio costero indígena, aparecen las primeras contradicciones. En primer lugar, no se trata de un reconocimiento de la territorialidad indígena sino de una concesión del Estado a las comunidades⁵²⁶. Este contrasentido -que desconoce el propio artículo 1 inciso 1 de la LDI en cuanto a reconocer la preexistencia de los pueblos originarios- se manifiesta ya cuando se establece que el *"espacio costero marino de pueblos originarios será entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional... a la Subsecretaría de Pesca la cual suscribirá el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria"*⁵²⁷. Esta cuestión no se limita a una cuestión semántica, sino que tiene efectos prácticos bien concretos. Así, en el procedimiento de solicitud es la Subsecretaría de Pesca la que recibe las solicitudes para verificar

si se sobrepone a concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas a titulares distintos del solicitante... se comunicará esta circunstancia al solicitante, mediante una resolución denegatoria. En caso de que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios⁵²⁸.

Como puede apreciarse, la norma subordina los derechos territoriales de las comunidades indígenas costeras a los intereses industriales de la zona, lo cual constituye una verdadera negación a la territorialidad indígena y resulta incompatible con el artículo 1° de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas en relación al artículo 1° de Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el

⁵²⁶ Esto recuerda los decimonónicos *Títulos de Merced* que entregaba el Estado a los caciques mapuche como título de dominio sobre una pequeña porción de sus territorios luego de habérselos arrebatado por la fuerza.

⁵²⁷ Art. 3° Ley Lafkenche.

⁵²⁸ Art. 7°

Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y los artículo 8.2.b y 26 de la citada Declaración en tanto consagran el derecho de los pueblos originarios a disponer libremente de sus recursos. Así mismo, se viola el artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT en relación al artículo 35 del mismo. En todo caso, si la sobreposición se refiere a una solicitud y no a una concesión ya firme, deberá preferirse la que efectuaren pueblos originarios, sin perjuicio de la posibilidad que estos admitan a los titulares de aquella en el plan de administración⁵²⁹. Esta disposición apunta en la dirección adecuada, pero es insuficiente, sobre todo considerando el alto grado de explotación de recursos marítimos en las costas del país fundada en concesiones pesqueras y de acuicultura otorgadas en conformidad a la Ley General de Pesca y Acuicultura N° 18.892.

De acuerdo al artículo 8°, una vez establecido el uso consuetudinario por CONADI, esta queda obligada a consultar a las “*comunidades indígenas próximas al espacio costero marino de pueblos originarios el establecimiento del mismo*” y a informar de la solicitud a la comunidad regional. Hecho esto, la solicitud se somete al criterio de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) la cual puede aprobar, rechazar o proponer modificaciones al espacio costero solicitado. Resulta paradójico que el derecho a la consulta - ampliamente consagrado y hoy elevado por la DDPI a derecho al consentimiento previo, libre e informado- se aplique justamente cuando una comunidad indígena busca ejercitar sus derechos territoriales y no cuando éstos se ven amenazados por proyectos de inversión⁵³⁰. Así mismo es sintomático que la decisión sobre la procedencia de la solicitud recaiga en el CRUBC, organismo donde los pueblos indígenas no tienen ninguna representación, sino por el contrario, quienes están representados son otros usuarios del borde costero (pescadores industriales y artesanales).

En cuanto a los conflictos de uso entre los miembros de las comunidades

⁵²⁹ Art. 10. El plan de administración o manejo es presentado ante la Subsecretaría y aprobado por una comisión intersectorial (art. 11)

⁵³⁰ De acuerdo a la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, las comunidades afectadas por un proyecto que ingrese la Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, deben ser escuchadas durante el procedimiento, pero no tienen ninguna incidencia vinculante. De hecho la experiencia tras más de una década de funcionamiento del sistema es abrumadoramente negativa al respecto.

asignatarias, la Ley establece que deberán resolverse conforme a lo establecido en el estatuto de la propia organización asignataria. Sin embargo, cabe señalar que los titulares del derecho a solicitar el borde costero son las asociaciones indígenas y eventualmente una comunidad indígena, todas ellas legalizadas conforme a la LDI, lo cual violenta el derecho a mantener y preservar sus propias instituciones representativas conforme a sus propios procedimientos⁵³¹. De paso, niega el derecho a resolver consuetudinariamente dichos conflictos. Si el diferendo es entre los comuneros y otros usuarios del plan de administración serán resueltos conforme al mencionado estatuto. De no resolverse el conflicto por esta vía debe someterse a la autoridad que corresponda al uso respectivo y residualmente será competente el tribunal civil con competencia en la comuna dentro de cuyos límites se encuentre el espacio costero marino de pueblos originarios⁵³².

Como puede apreciarse, pese al esfuerzo y actividad desplegada por las organizaciones indígenas y la recepción de ciertos conceptos por parte del legislador, la ley en comento está lejos de alcanzar el estándar vigente de derechos de pueblos indígenas, pues no reconoce el derecho preferente de las comunidades costeras sobre sus recursos naturales ni la jurisdicción indígenas en sus territorios entre otros elementos fundamentales.

La insuficiencia de la legislación revisada en contraste con los derechos reconocidos en el sistema internacional de derechos humanos es evidente. Urge por lo tanto una reforma integral del sistema legal que incorpore los avances logrados en el ámbito internacional en relación a los derechos colectivos de los indígenas, que por lo demás han sido reconocidos por Chile mediante la ratificación de tratados y la firma de declaraciones que han cristalizado en normas de derecho consuetudinario internacional.

⁵³¹ El derecho a sus propias instituciones esta consagrado en los artículos 33.2 y 34 de la DDPI y en los artículos 2.2b, 4.1, 5b y 8.2 del Convenio 169 de la OIT.

⁵³² Art. 14.

CONCLUSIÓN:

HACIA EL RECONOCIMIENTO Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Al comienzo de este trabajo revisamos brevemente la historia de la relación entre los Pueblos Originarios y el Estado y la América hispana. También revisamos los antecedentes político-filosóficos, jurídicos e históricos, de las reivindicaciones indígenas, particularmente las relativas a la recuperación de sus territorios y autonomía.

Con esos elementos críticos a la vista pudimos juzgar como justificadas dichas demandas. La necesidad de reconocimiento como requisito indispensable para significar las decisiones individuales y constituir su propia identidad; la ilegitimidad de forzarlos a abandonar su cultura *societal* y la insuficiencia de la garantía de derechos individuales para reconocer y garantizar su desarrollo cultural, sumado a la evidencia histórica, hace imprescindible para las sociedades nacionales del continente y particularmente de Chile abrirse al acogimiento de las reivindicaciones indígenas. Esta es la única manera de avanzar hacia una convivencia democrática que permita el pleno desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros de la sociedad.

Esta idea se refuerza al constatar que las exigencias del movimiento indígena en relación al reconocimiento y ejercicio de sus derechos colectivos han sido progresivamente incorporadas en el derecho internacional, incluyendo

su derecho a la autodeterminación, autonomía y territorios. Los órganos de Naciones Unidas, comenzando por la OIT, pasando por las recomendaciones de sus comités y relatorías de derechos humanos indígenas y sus más emblemáticos hitos -el Convenio 169 y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas recientemente aprobada en su Asamblea General- han ido consolidando los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas como parte integrante de derecho consuetudinario internacional.

Similar proceso ha acontecido en el ámbito interamericano, donde la demora en la firma de instrumentos internacionales ha sido exitosamente suplida por la contundente jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente a partir de la sentencia del caso *Awas Tigni*. En esta se han reconocido los derechos colectivos de los pueblos indígenas a partir de los tradicionales derechos individuales a la propiedad, a la igualdad y a la vida, lo que indica un camino seguro a seguir para nuestros tribunales cuando se vean enfrentados a dirimir conflictos relativos a los derechos fundamentales de estos pueblos.

El ejercicio de estos derechos requiere incorporar nuevas instancias de toma de decisiones y administración a nivel local y regional, en tanto el contenido mínimo de la autonomía territorial supone el control autónomo del territorio, las tierras y los recursos naturales; libertad para organizar la distribución interna de los derechos y deberes de los miembros del grupo respetando siempre sus derechos fundamentales; un nuevo marco regulatorio de las relaciones con el resto de las entidades *sociopolíticas* del Estado; y un ámbito de jurisdicción sobre el territorio⁵³³. Todo esto implica a su vez otorgar derechos diferenciados a los miembros de estos pueblos, limitando eventualmente derechos de los no indígenas.

Tras revisar la Constitución, verificamos que pese a las dificultades inherentes a su origen antidemocrático, contiene elementos que permiten prefigurar una plataforma para el ejercicio de los derechos de los Pueblos

⁵³³ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios Indígenas...Op. Cit.*, p. 18.

Indígenas. El más evidente es la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a través del inciso segundo del artículo 5°, incorporado en las reformas de 1989 que abrieron paso a la transición cívico militar. A través de esta norma, el recién ratificado Convenio 169 de la OIT pasa a limitar el ejercicio de la soberanía, obligando a todos los poderes del Estado en el ejercicio de sus competencias, incluido el Tribunal Constitucional. Parte importante de la doctrina constitucional chilena va más allá y sostiene que esta incorporación opera de pleno derecho y limita incluso al Poder Constituyente, aunque por ahora no ha sido entendido así por los órganos del Estado. La importancia del citado Convenio se ve reforzada por el mandato contenido en su artículo 35°, que prohíbe limitar con su aplicación derechos reconocidos por la costumbre e instrumentos internacionales. De esta manera indirecta los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas, firmada por Chile, pasaron a integrar el *bloque de constitucionalidad* de nuestro ordenamiento jurídico.

Por su parte, las bases de la institucionalidad determinadas en la Constitución no presentan mayor obstáculo salvo por su *original* tratamiento de la soberanía: entregar su titularidad a la Nación y su ejercicio al pueblo y las autoridades que ella establece. El primero lo hace a través de elecciones periódicos y los plebiscitos en los casos permitidos por aquella y las segundas apegadas a las formas establecidas. Esta redacción, además de negar la soberanía popular, único depositario legítima de ésta en un Estado de Derecho, niega la existencia de los Pueblos Indígenas, incluso como parte de la Nación.

La evidente incompatibilidad de este artículo con el desarrollo actual de los derechos humanos ha llevado al constituyente a buscar su modificación para reconocer la diversidad. Sin embargo el injustificado y anacrónico temor de la clase política a un supuesto ánimo secesionista de los movimientos indígenas ha impedido avanzar en esta materia. De hecho, lo único que ha logrado el consenso entre los diputados es la solemne declaración de unidad e indivisibilidad de la nación chilena, lo que constituye más bien una negación constitucional de la existencia de los Pueblos Indígenas.

Actualmente se encuentra en discusión una nueva propuesta del gobierno para modificar la Constitución en este sentido. En esta ocasión al menos se declara el carácter multicultural de la nación chilena, pero sigue desconociendo los derechos territoriales y políticos de los Pueblos Indígenas. Es de esperar que en un futuro cercano la sociedad chilena sea capaz de abordar esta cuestión con pleno respeto a los derechos fundamentales de los Pueblos Originarios, tanto en la forma como en el fondo, reconociéndolos en nuestra Carta como sujeto de derecho, y definiendo el Estado como plurinacional e intercultural.

La Constitución es más que el marco jurídico que determina las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y de éstos entre sí. Es también la manifestación del pacto social que da origen a la *Organización Política de la Sociedad*, cuya legitimidad depende del hecho de ser un reflejo de la diversidad social y cultural de la que emerge. Si seguimos atados a una institucionalidad impuesta que oprime la expresión de la diversidad y se niega a dar cabida a los diferentes contextos de sentido que de ella emergen, difícilmente podremos sortear exitosamente el desafío del escenario actual -que algunos adjetivan como *postnacional*- que nos invita a *reinventar* la forma de hacernos cargo de nuestro presente y futuro, es decir, de nuestra propia *Historia*.

Se trata de aceptar que nuestra sociedad es diversa y compleja culturalmente, ya que en su seno coexisten pueblos con culturas y sistemas normativos diferenciados. Resulta indispensable,

que el Estado [reconozca] a cada ser humano que lo integra, el derecho a vivir dentro de su propia cultura, lo que no significa que los indígenas dejen de ser ciudadanos del Estado al que pertenecen...[sino que el estado reconozca] que su sociedad no es homogénea, y por lo tanto no puede...legislar para todos los ciudadanos de la misma forma”⁵³⁴(sic).

Se hace por tanto necesario modificar la Constitución para que pueda acoger

⁵³⁴ FAUNDES PEÑAFIEL, Jorge, *El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado*, en AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, IEI, Temuco, Chile, 2004, p.303

un verdadero *Nuevo Trato* con los Pueblos Originarios, que responda a las legítimas demandas de estos ya recogidas por el derecho internacional. Este cambio constitucional debe estar precedido de consultas a los pueblos indígenas y sus comunidades y organizaciones de acuerdo al estándar internacional.

Siguiendo las recomendaciones emitidas por el Relator Especial de Naciones Unidas James Anaya, los procedimientos de dicha consulta debe contemplar las tradiciones de los pueblos indígenas, realizarse por medio de sus instituciones representativas y efectuarse con anterioridad a la adopción de la medida consultada⁵³⁵. Así mismo, debe propender al establecimiento de un diálogo de buena fe, concebido como un "*verdadero instrumento de participación*", verificado a través de mecanismos *ad hoc* y con un plazo adecuado⁵³⁶. Todo esto obliga al Estado de Chile en su integridad, por lo que la consulta debe realizarse tanto a nivel del Ejecutivo como colegislador, como del Legislativo y en todas y cada una de las etapas de tramitación y no sólo respecto de la propuesta inicial ⁵³⁷.

De esta manera los Pueblos Originarios podrán establecer sus formas de organización política, económica y social dentro de sus territorios, determinando así su propia sentido, forma y ritmo de desarrollo, a partir de sus propias valoraciones y cultura. Solo así podremos garantizar el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y avanzar hacia una sociedad verdaderamente reconciliada y respetuosa de la diversidad.

⁵³⁵ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (James Anaya), PRINCIPIOS INTERNACIONALES APLICABLES A LA CONSULTA EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE, 24 de abril de 2009, en línea, formato pdf, disponible en internet en [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf], consultado el 26 de mayo de 2009, párr. 18, 22, 23, 37.

⁵³⁶ *Ídem*, párr. 50, 62 y 63. Es más, el Relator agrega que debe existir un *preacuerdo* con los pueblos indígenas en torno al procedimiento con que se llevará a cabo la consulta, de manera que esta tenga la legitimidad que el proceso requiere (*Ídem*, párr. 44)

⁵³⁷ *Ídem*, párr. 58.

Bibliografía

I ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES

1. ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
2. AYLWIN, José (Ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Temuco, Chile, IEI, 2004.
3. AYLWIN, José, *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*, [el línea], formato pdf, Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas, Temuco, 2007, disponible en internet en [<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20071122124733>].
4. BARAONA, Miguel, *Puntos de Fuga: El fin de una historia y la transición a la hipermodernidad*, Santiago de Chile, Lom ediciones, 2005.

5. BARAONA, Miguel, *Ecos cercanos. Los clásicos y la cuestión étnica*, Santiago de Chile, Lom ediciones, 2007.
6. BENGOA, José, *Historia de un conflicto. El estado y los mapuches en el siglo XX*, Santiago de Chile, editorial Planeta, 1999.
7. BENGOA, José, *Historia del Pueblo Mapuche. Siglo XIX y XX*, Santiago de Chile, ediciones Lom, 2000.
8. BENGOA, José, *La Emergencia Indígena en América Latina*, México, FCE, 2000.
9. BELLO, Álvaro y AWLWIN, José (compiladores), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco, Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.
10. BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 2006.
11. BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas ante la aplicación de los derechos humanos*, [en línea], formato pdf, disponible en internet en [\[http://opencms3.udl.es:8080/opencms/galeria_down/2._Mikel_Berraondo_-_Pueblos_indigenas_ante_la_aplicacion_de_los_derechos_humanos.pdf\]](http://opencms3.udl.es:8080/opencms/galeria_down/2._Mikel_Berraondo_-_Pueblos_indigenas_ante_la_aplicacion_de_los_derechos_humanos.pdf).

12. CASTELLS, Manuel, *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 2005.
13. CLAVERO, Bartolomé, *Chile: reforma constitucional cancelatoria de derechos indígenas*, [en línea], formato html, disponible en internet en [<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1154>].
14. CLAVERO, Bartolomé, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Ladinias*, [en línea], disponible consultado en internet en [www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf].
15. CORREA, Martín, MOLINA, Raúl, YÁÑEZ, Nancy, *La Reforma Agraria y las tierras mapuches. Chile 1962-1975*, Santiago, Editorial Lom, 2005.
16. DÍAZ-POLANCO, Héctor, *La Cuestión Étnico Nacional*, 2ª edición, México, Editorial Fontamara, 1998.
17. DÍAZ POLANCO, Héctor, *Autonomía Regional. La Autodeterminación de los Pueblos Indios*, México, Editorial Siglo XXI, 1991.
18. FOESTER, Rolf y MONTECINOS Sonia, *Organizaciones, Líderes y contiendas mapuches (1900-1970)*, Santiago de Chile, ediciones CEM,, 1988.
19. GÓNGORA, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, 8ª edición, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2003.

20. HABERMAS, Jürgen, *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
21. HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2004.
22. HOBBSBAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Barcelona, Editorial Crítica, 1991.
23. JARA SCHNETTLER, Jamie, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libro Mar, 2004.
24. JOCELYN-HOLT, Alfredo, *La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito*, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Planeta/Ariel, 2001.
25. KYMLICKA, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Editorial Paidós, 1996.
26. MAILLON, Francisca, *La sangre del copihue: La comunidad Mapuche de Nicolás Aillío y el Estado chileno 196-2001*, Santiago de Chile, Lom ediciones, 2004.
27. MOLINA, Hernán, *Derecho Constitucional*, Universidad de Concepción,

1993.

28. NASH, Claudio, *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*, formato pdf, disponible en línea [http://www.cdh.uchile.cl/conferencias_charlas/Nash/Derechos_Humanos-unicef.pdf], 2003.

29. ORDOÑEZ, José y ZARAGOZA, Ignacio (coordinadores), *Aplicación del Convenio 169 de la OIT Análisis interdisciplinario XIV Jornadas Lascasianas Internacionales*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2006, formato pdf, disponible en internet, [<http://www.adobe.com/products/acrobat/alternate.html>].

30. PEÑA, Carlos, *Democracia y minorías*, [en línea], disponible en internet en [www.udp.cl/derecho/publicaciones/democracia_minorias.pdf].

31. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, FCE, 1995.

32. RICHARDS, Howard, *Understanding the Global Economy. The solution to the failure*, 2nd edition, Peace Education Books, Columbia University, 2004.

33. RIVERA, Teodoro, *Los Pueblos Indígenas y su reconocimiento constitucional en Chile*, Documento de trabajo N° 343, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile.

34. ROJO, Grínor, *Globalización e identidades nacionales y postnacionales...¿de qué estamos hablando?*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2006.
35. RUIZ-TAGLE, Pablo, *La Constitución de la Igualdad*, Borrador, Santiago (2002).
36. RUIZ-TAGLE, Pablo (comp.), *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.
37. SÁNCHEZ, Consuelo, *Los Pueblos Indígenas: del indigenismo a la autonomía*, México, Siglo XXI editores, 1999.
38. SARTORI, Giovanni, *La Sociedad Multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Editorial Tauros, 2001.
39. SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. La Constitución de 1980, Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia Electoral*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

40. SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, [en línea], formato pdf, disponible en internet en [<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/11.pdf>].

41. TAYLOR, Charles, *El Multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, FCE, México, 2001.

42. TOLEDO, Víctor, *Pueblos Mapuche. Derechos Colectivos y Territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática*, Ediciones Chile Sustentable, Santiago de Chile, 2006.

43. VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional, Tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

44. VILLAVICENCIO, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1998.

45. YÁÑEZ, Nancy y MOLINA, Raúl, *La gran minería y los derecho indígenas en el norte de Chile*, Santiago de Chile Editorial Lom, 2008.

II INFORMES Y DOCUMENTOS DE TRABAJO

46. AYLWIN, José, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y el Territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales, documento*

de trabajo, [en línea], formato word disponible en internet en [\[www.utexas.edu/law/academics/centers/humanrights/adjudicating/papers/dctos_eminariooeeatierrasyterritorios.doc\]](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/humanrights/adjudicating/papers/dctos_eminariooeeatierrasyterritorios.doc).

47. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*, Ley 19253, Protección Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Santiago de Chile 1997.

48. GOBIERNO DE CHILE, *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2002.

49. GONZÁLEZ P., Karina, MEZA-LOPEHANDÍA G., Matías, SÁNCHEZ CURIHUENTRU, Rubén, *Relocalizaciones y Derechos Territoriales: el caso de las Comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “Comunidad Manuel Contreras”*. *Paradigmas de la negación estatal de la territorialidad mapuche*, Documento de Trabajo N° 6, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, [en línea], formato pdf, Temuco, 2006, disponible en internet en [\[http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20080425111514\]](http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=20080425111514).

50. INSTITUTO DE ESTUDIOS INDÍGENAS, *Los Derechos de los pueblos indígenas en Chile, Informe del Programa de Derechos Indígenas*, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile Lom, 2003.

51. KANGISER, Pablo, SOTO, Sebastián, *Reformas Constitucionales: su tramitación en el Senado*, [en línea], Serie Informe Legislativo n° 24, Instituto Libertad y Desarrollo, 2005, Santiago de Chile, disponible en internet en [\[http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3811/deploy/SIL-24-Reformas\]](http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3811/deploy/SIL-24-Reformas)

[%20Constitucionales%20su%20tramitacion%20en%20el%20Senado-PKangiser%20y%20SSoto-Abril2005.pdf](#)].

52. MONTALBA, René, CARRASCO, Noelia y ARAYA, José, *Contexto económico y social de las plantaciones forestales en Chile. El Caso de la Comuna de Lumaco, región de la Araucanía*, Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, 2006.

53. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, 2003.

54. PEÑA, Carlos, *Sobre las demandas de los Pueblos Originarios en un Estado Constitucional*, Documento de trabajo N° 343, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile.

55. *Pueblos Indígenas. Documento de trabajo sobre Reconocimiento Constitucional*, Coordinación Nacional de Políticas y Programas Indígenas, Gobierno de Chile, 2005.

56. SURRALLÉS y GARCÍA HIERRO (eds.), *Tierra adentro. Territorio y percepción del entorno*, Compenhage, IGWIA (documento n°39), 2004.

57. YÁÑEZ, Nancy (coord.), *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*, en línea, formato word, disponible en internet

58. YRIGOYEN Raquel, *Tomando en serio y pensando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*, recurso electrónico. 2008.

III REVISTAS

59. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, **[4]**, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.

60. ASUNTOS INDÍGENAS, **[4]**, IWGIA, 2004b.

61. REVISTA IUS ET PRAXIS, **[1]**, Universidad de Talca, 2003

62. REVISTA IUS ET PRAXIS, **[4]**, Universidad de Talca, 2000.

63. DERECHO Y HUMANIDADES, **[11]**, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

64. DERECHOS Y HUMANIDADES, **[12]**, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2006.

65. ESTUDIOS PÚBLICOS, **[92]**, Centro de Estudios Públicos, 2003.

66. REVISTA DERECHO, **[10]**, Concejo de Defensa del Estado de Chile, 2003.

67. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007.

68. REVISTA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES [5], Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, n° 2, 2007.

69. REVISTA HISTORIA SOCIAL Y DE LAS MENTALIDADES, USACH, DOSSIER: PUEBLO MAPUCHE: DERECHOS COLECTIVOS, Año XL, volumen 1, 2007.

70. REVISTA TEMA PÚBLICO, [860], Instituto Libertad y Desarrollo, 2008.

71. REVISTA NUEVA ANTROPOLOGÍA, México, Vol. XIII, [43], 1992.

72. REVISTA PENTUKUN, [1], 1994.

73. TIERRA ADENTRO, IWGIA, 2004.

IIV Tesis

74. CHARNEY, John, *El debate liberal-comunitarista aplicado a las relaciones entre el E° chileno y el pueblo mapuche*, Tesis para optar al grado Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2002, 111h.

75. VALENZUELA REYES, Mylene, *La política indígena del estado chileno y la*

legislación mapuche, Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1992 (actualizada al 2002), 235h.

76. ZABALA, Guillermo, *Recopilación de leyes chilenas sobre indígenas, con especial referencia a la etnia Rapa-Nui*, Memoria de prueba para optar al título de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1995, 199h.

Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

**Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la
Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión**

Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991, de conformidad con el artículo 38

*[ratificaciones \(ILOLEX: base de datos sobre las normas internacionales de trabajo\)](#) **

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

PARTE I. POLITICA GENERAL

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. 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.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan 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;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este

fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

PARTE II. TIERRAS

Artículo 13

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

Artículo 14

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

tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra

entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

PARTE III. CONTRATACION Y CONDICIONES DE EMPLEO

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades

sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
- d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

PARTE IV. FORMACION PROFESIONAL, ARTESANIA E INDUSTRIAS RURALES

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

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

PARTE V. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

PARTE VI. EDUCACION Y MEDIOS DE COMUNICACION

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.
2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.
3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.
2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE VII. CONTACTOS Y COOPERACION A TRAVES DE LAS FRONTERAS

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE VIII. ADMINISTRACION

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.
2. Tales programas deberán incluir:
 - a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
 - b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

PARTE IX. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos,

costumbres o acuerdos nacionales.

PARTE X. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

* Enlace directo a la ILOLEX: base de datos de la OIT. Los ratificaciones se actualizan diariamente.



Asamblea General

Distr. limitada
7 de septiembre de 2007
Español
Original: inglés

Sexagésimo primer período de sesiones

Tema 68 del programa

Informe del Consejo de Derechos Humanos

Alemania, Bélgica, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Grecia, Guatemala, Hungría, Letonia, Nicaragua, Perú, Portugal y República Dominicana: proyecto de resolución

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Tomando nota de la recomendación que figura en la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006, en la que el Consejo aprobó el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,

Recordando su resolución 61/178, de 20 de diciembre de 2006, en la que decidió aplazar el examen y la adopción de medidas sobre la Declaración a fin de disponer de más tiempo para seguir celebrando consultas al respecto, y decidió también concluir su examen de la Declaración antes de que terminase el sexagésimo primer período de sesiones,

Aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que figura en el anexo de la presente resolución.

Anexo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,



Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena² afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo también que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

¹ Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

² A/CONF.157/24(Part I), cap. III.

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos³ y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen 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 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5

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

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

³ Resolución 217 A (III).

2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

d) Toda forma de asimilación o integración forzadas;

e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

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

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y vigilar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán 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 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir 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.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas.

Artículo 22

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.
