



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

**EL MULTICULTURALISMO, SU RECEPCIÓN NORMATIVA Y PERSPECTIVAS EN  
CHILE Y BOLIVIA. UN ESTUDIO COMPARADO.**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho.

Autor: Jaime Gajardo Falcón

Profesor Guía: Francisco Zúñiga Urbina

Santiago, Chile.

2012

Para Lucía y Emilia, soles de mi vida.  
Para María Francisca, Jaime y Orlando,  
por el amor, fuerza, ejemplo y coraje.

## **Agradecimientos**

En primer lugar, agradezco a Francisco Zúñiga Urbina, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, quién me alentó a trabajar en la temática del multiculturalismo y guió el presente trabajo.

De igual forma, quiero agradecer al pueblo de la ciudad de Calama y especialmente a su Alcalde, Esteban Velásquez Núñez, quién me dio la posibilidad de trabajar durante dos años en la municipalidad y con ello nutrirme de la maravillosa diversidad cultural del norte andino de nuestro país. En gran parte, la elección de la temática del presente trabajo, se debe al tiempo en que viví en la ciudad de Calama.

Asimismo, éste trabajo ha sido posible, gracias a la beca que me fue otorgada por la Fundación Carolina para la realización de estudios de postgrado en España y específicamente en la Universidad Autónoma de Madrid. La mayor parte de ésta tesis, fue escrita en la ciudad de Madrid, por ello manifiesto mi profundo agradecimiento a la Fundación, por darme la tranquilidad y tiempo suficiente para que la tesis pudiera concretarse.

También, agradezco a todo el personal docente del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en especial al Dr. Antonio Rovira, Dra. Silvina Álvarez y el Dr. Luis Rodríguez Abascal, quienes me ayudaron a clarificar conceptos y sus clases en el máster fueron de gran ayuda para el desarrollo de la tesis.

Finalmente y de manera especial, quiero agradecer a Lucía Elena Rizik Mulet por su apoyo constante, consejos, críticas y compañía. Sólo con su apoyo diario he podido concluir éste proyecto.

A todos y todas, muchas gracias, sin vuestra ayuda, consejos, comentarios, críticas e inspiración, la presente tesis no se podría haber hecho realidad.

## INDICE

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN .....	7
I. PANORAMA GENERAL DEL MULTICULTURALISMO .....	16
1.1. Precisiones sobre el concepto de multiculturalismo. ....	17
1.2. El debate liberal-comunitario. ....	21
1.2.1. Primera Fase: Los derechos de las minorías entendidos desde la perspectiva del comunitarismo.....	23
1.2.2. Segunda Fase: Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal. ....	32
1.2.3. Tercera Fase: Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional. ....	36
1.2.4. Liberalismo igualitario o culturalismo liberal. ....	38
1.3. Políticas concretas que ha dejado el debate multicultural. ....	41
1.3.1. Políticas generales.....	42
1.3.2. Políticas específicas. ....	44
1.4. Derechos de los inmigrantes en el marco del multiculturalismo. ....	45
1.5. Pueblos indígenas y minorías nacionales. ....	53
1.6. El debate sobre el multiculturalismo en América Latina. ¿Constitucionalización de los derechos indígenas?.....	57
1.6.1. Reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito internacional.....	57
1.6.2. ¿Constitucionalización de los derechos indígenas?.....	67
1.7. Derechos de los grupos. ....	72
1.7.1. Los derechos de los grupos en el plano conceptual. ....	74
1.7.2. Los derechos de los grupos en el plano normativo. ....	76
1.7.3. Los derechos de los grupos en el plano práctico.....	79
1.8. Resumen y principales aspectos tratados en el capítulo. ....	82
II. RECEPCIÓN NORMATIVA Y PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN CHILE.....	86

2.1. Contexto histórico: relación del Estado chileno con los pueblos indígenas, durante el siglo XIX y XX. ....	88
2.2. Conceptualización del Estado, en lo respectivo a pueblos indígenas, en la Constitución Política de 1980.....	106
2.3. Desarrollo normativo sobre pueblos indígenas en Chile entre 1990-2010. ....	112
2.3.1. Normativa vigente en materia de derechos indígenas.....	116
2.3.2. Reformas Constitucionales truncadas y en tramitación. ....	129
2.3.3. Reformas constitucionales en democracia: ¿nueva constitución?.....	135
2.4. Desarrollo normativo en materia de inmigración. ....	140
2.4.1. Panorama General.....	140
2.4.2. Tratados Internacionales y procesos de integración regional.....	146
2.5. Reflexiones sobre las perspectivas del multiculturalismo en Chile. ....	156
III. RECEPCIÓN NORMATIVA Y PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN BOLIVIA. ....	158
3.1. Desarrollo político constitucional reciente y diversidad cultural en Bolivia. ....	159
3.2. Conceptualización del Estado en la Constitución Política boliviana de 2009....	168
3.2.1. Nuevo modelo de Estado.....	169
3.2.2. Nuevos derechos fundamentales, de tipo indígena y de grupo. ....	174
3.2.3. Pluralismo jurídico.....	178
3.2.4. Ciudadanía en el Estado Plurinacional de Bolivia. ....	181
3.2.5. Modelo de desarrollo económico social y tratamiento de los recursos naturales. ....	183
3.3. Complejidades, perspectivas y retos del nuevo marco constitucional, en su relación con la diversidad cultural. ....	184
IV. CONCLUSIONES.....	194
BIBLIOGRAFÍA.....	203

## RESUMEN

En el presente trabajo, se asume que la sociedad chilena es multicultural, que en su interior, conviven diversas culturas y grupos culturales. Que las fuentes de ello, serían los pueblos indígenas que habitan su territorio y la creciente inmigración. Pese a ello, se constata la falta de reconocimiento del Estado chileno para con su diversidad cultural y la falta de respeto hacia los grupos que la constituyen.

Debido a lo anterior, se plantea la tesis de que Chile debe reconocerse como un país multicultural y multinacional, por razones de justicia, igualdad y de reparación, tanto para con los pueblos indígenas que lo conforman, como para los inmigrantes que se encuentran habitando el territorio de la república. Dichas razones se pueden encontrar tanto en la filosofía política comunitaria, como en el propio liberalismo. Así durante el trabajo se pone a prueba la tesis, utilizando tres métodos combinados: metateórico, discusión normativa y comparativo. El método comparativo, lo utilizo para reflejar en Chile, lo que puede servir del desarrollo político-normativo de la multiculturalidad realizado en Bolivia.

## INTRODUCCIÓN

El multiculturalismo, entendido como pluralidad de culturas que conviven dentro de los territorios de un Estado, es hoy un fenómeno que presentan una gran cantidad de países en el mundo. El aumento de la inmigración, el resurgimiento de minorías nacionales y la visibilización de los pueblos indígenas, constituyen sus principales fuentes.

En el marco de una realidad multicultural, la convivencia se torna compleja si las concepciones morales, el ordenamiento jurídico y las instituciones políticas no se encuentran preparadas para ello<sup>1</sup>. Los ejemplos son abundantes y forman parte de un debate permanente en sociedades cada día más multiculturales. ¿Permitimos o no que los niñas árabes asistan al colegio público con su pañuelo identitario en la cabeza? ¿Es necesario que la educación pública incorpore en su currículo escolar la enseñanza del mapudungun, quechua, aimara u otro idioma o lengua de los pueblos indígenas?

---

<sup>1</sup> Los conflictos que produce el fenómeno multicultural ya se están dando en Chile. Un ejemplo es el caso de una mujer que practica el credo Musulmán, y que en agosto de 2010 “(...) se dirigió a una sucursal del Banco Estado, ubicada en calle Rondizzoni de Santiago, a cobrar un cheque por \$ 50.000. (...) Al llegar a una de las cajas, el funcionario que la atendió le pidió que se sacara el velo que llevaba, argumentando que el atuendo no le permitía identificarla y que era el procedimiento que se seguía con todos los clientes. Ella (...) se opuso, por lo que debió discutir con el jefe de atención de clientes de la sucursal bancaria. El incidente se prolongó por minutos y, tras ello, a la mujer no le quedó más que quitarse el velo. Segura de que sus derechos habían sido vulnerados y que se encontraba ante un claro caso de discriminación, la afectada presentó un recurso de protección ante los tribunales, el que finalmente falló en su contra. Entre otros argumentos, se planteó que la presentación tenía problemas de forma (...) Agotadas las instancias internas el caso se encuentra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Ver nota de prensa en: CHILENA musulmana recurre a comisión internacional para defender uso de velo. La Tercera, Santiago, Chile, 15 de Abril, 2012, p.30. Importante resulta que el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago contó con el voto disidente del ministro Carlos Cerda, quién estima que la actitud del Banco atenta contra la “dignidad” de la recurrente. Cito textual: “(...) considera ilegítimo el comportamiento que se reprocha al BancoEstado, directamente atentatorio a la integridad psíquica, la no discriminación y la libertad personal de Fabiola Palominos Flores, bienes jurídicos amparadas por los numerales 1°, 2° y 7° e) del artículo 19 de la Constitución Política de la República, lo que lo mueve a conferir la protección, disponiendo que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras instruya en el sentido que cualquier medida destinada a salvaguardar los cometidos propios de sus normados ha de ser del todo respetuosa de tales garantías, y disponer que el BancoEstado adecue sus procedimientos internos a la misma exigencia”. Ver: Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4670-2010, de 31 de mayo de 2011. Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl).

¿Reconocemos o no autonomía política y organizativa a los pueblos originarios?  
¿Permitimos que las empresas nacionales contraten trabajadores extranjeros sin limitación alguna? ¿Reconocemos los usos y costumbres de los pueblos indígenas para resolver los conflictos jurídicos entre sus miembros?

Todas son preguntas que las sociedades multiculturales deben responder permanentemente, y por ende, justificar las opciones normativas que toman para abordar el fenómeno de pluralidad cultural<sup>2</sup>.

En América Latina, durante las últimas tres décadas, se ha reconocido que los países que la conforman se encuentran integrados por diversas culturas y etnias. Se trata de sociedades multiculturales y multiétnicas. Con una visión moderna de la realidad cultural de Latinoamérica, Bernardo Subercaseux, señala que:

“El espesor cultural de origen étnico o demográfico (pueblos originarios, población indígena, población negra, migraciones europeas y del Medio Oriente), o que proviene de diferentes grupos sociales y modos de vida (cultura campesina, popular, juvenil) es la base de la diversidad cultural que se encuentra en las distintas regiones de América Latina. Este espesor colorea el mapa de la diversidad cultural que se encuentra en las distintas regiones de América Latina. Este espesor colorea el mapa de la diversidad cultural del

---

<sup>2</sup> Daniel Bonilla plantea que el fenómeno multicultural ha sido abordado adecuadamente en Norteamérica y Europa Occidental, pese a sus complejidades. Sin embargo, anota que: “Los estudios académicos producidos en el Sur global acerca de problemas multiculturales son aún más problemáticos que aquellos publicados en Norteamérica. En esta parte del mundo, las investigaciones jurídicas y filosóficas sobre la diversidad cultural son muy pocas y de desigual calidad. Así, mientras que las culturas minoritarias en Europa occidental y en Norteamérica ha sido ampliamente examinadas, las exigencias de las minorías culturales de los países del Sur global han sido insuficientemente estudiadas y, por lo general, son menospreciadas incluso por los estudiosos locales. Este problema resulta particularmente evidente en América Latina. Aun cuando las minorías culturales, especialmente los grupos indígenas, son numerosas y constituyen parte importante de su historia y su cultura, sus exigencias casi nunca son tenidas en cuenta por los filósofos y teóricos del derecho locales. Cuando en efecto se tienen en cuenta tales exigencias, se articulan por lo general en términos liberales y la satisfacción de estas demandas se considera únicamente si el hacerlo no implica violar los valores de esta corriente política y filosófica”. BONILLA, Daniel. La Constitución multicultural. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, p. 25.



continente y tiene una función de argamasa: constituye a la vez un fenómeno de cohesión social y de apelación identitaria”<sup>3</sup>.

Un ejemplo es Bolivia, donde aproximadamente un 63% de la población es indígena. En el censo del año 2001, el 47% de la población declara hablar aparte del castellano, una lengua indígena y el 11,2% de la población es monolingüe indígena.

El caso de Chile, es diferente. La población indígena es aproximadamente un 8% del total de habitantes. Entre ellos, Mapuches, Rapa Nui, Aymaras, Atacameños, Diaguitas o Yaganes. Sin embargo, Chile junto con ser un país que mantiene un porcentaje importante de pueblos indígenas, tiene un creciente número de inmigrantes, volviendo el fenómeno multicultural más complejo.

Según los datos del Departamento de Extranjería e Inmigración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública<sup>4</sup> de Chile, la inmigración ha aumentado significativamente en la última década<sup>5</sup>. Si el año 2000 se entregaron 188 cartas de nacionalización, el año 2010, se cuadruplicaron, con un total de 741. En lo referente a permisos de residencias permanentes o temporales, éstos también han aumentado considerablemente. Hoy en Chile, según el censo de población del año 2002 (dato que probablemente aumentará considerablemente en el próximo censo) existe un total de población extranjera residente en Chile de 352.344 personas. Estas cifras indican que alrededor del 2,08% del total de la población residente en el país es extranjera. Dentro de este grupo se destaca la población de origen fronterizo, que agrupa a más del 61%

---

<sup>3</sup> SUBERCASEAUX, Bernardo. Nación y Cultura en América Latina. Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2002, p. 16.

<sup>4</sup> Departamento de Extranjería e Inmigración. Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile. Estadísticas Migratorias [en línea]. <[http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas\\_mig.html](http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas_mig.html)> [consulta: 28 marzo 2012].

<sup>5</sup> Macarena Machín, señala que: “Chile ha pasado de ser un país de emigrantes a ser un país de migrantes. El dato que lo confirma corresponde al saldo migratorio, es decir, la diferencia entre el número de migrantes y el número de emigrantes de un país en un determinado momento. En el caso de Chile, el saldo migratorio es positivo desde 1990 hasta ahora, y se estima que seguirá siéndolo puesto que, como ya se ha mencionado, Chile representa uno de los focos de estabilidad económica y democrática en la región”. Al respecto y sobre los datos de emigrantes, por país, sexo, lugar geográfico de estancia y otros, ver: MACHIN, Macarena. Los derechos humanos y la migración en Chile, 2011, [en línea]. <[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen\\_ejecutivo\\_informe\\_migrantes\\_noviembre\\_2011.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen_ejecutivo_informe_migrantes_noviembre_2011.pdf)> [consulta: 20 abril 2012].

del total de inmigrantes: la comunidad peruana con un 37,1% del total; la comunidad argentina con un 17,2%; y la boliviana con un 6,8%.

El fenómeno de la inmigración no es nuevo, sin embargo, principalmente producto de la globalización, éste se ha visto aumentado en forma significativa, alcanzando durante el último decenio su mayor proporción en la historia de la humanidad.

Según la Organización Internacional para las Migraciones:

“El número de migrantes internacionales en el mundo es mucho mayor que nunca (214 millones según datos proporcionados por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2009). El aumento ha sido bastante raudo en los últimos decenios, alcanzando los 191 millones en 2005. Si el aumento continúa al mismo ritmo de los últimos 20 años, para 2050 el contingente de migrantes internacionales en todo el mundo podría alcanzar la cifra de 405 millones. Por otro lado, los migrantes internos suman 740 millones (PNUD, 2009), con lo cual el número total de migrantes en todo el mundo se acerca actualmente a los 1.000 millones”<sup>6</sup>.

Pese a los altos grados de multiculturalidad que presentan Chile y Bolivia, sus constituciones políticas, hasta la década de los noventa, modelaban un estado unitario, nacional, monocultural y de corte occidental. Ello comienza a cambiar con la denominada “emergencia indígena”<sup>7</sup>. El hito principal del resurgimiento de la cuestión indígena en América Latina, es con el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en el año 1994, en Chiapas, México.

Desde ese momento, hasta hoy, el discurso indígena colma las agendas públicas, y los movimientos indigenistas han tenido la capacidad de visibilizarse y plantear sus demandas con un gran impacto nacional y mundial.

---

<sup>6</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIONES. Informe sobre las migraciones en el mundo, 2010, [en línea]. <[http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010\\_summary\\_SP.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010_summary_SP.pdf)> [consulta: 13 marzo 2012].

<sup>7</sup> BENGOA, José. La emergencia indígena en América Latina. 2° ed. Santiago de Chile, Fondo de cultura económica, 2007, 343p.

José Bengoa, señala que la demanda indígena, es profunda y radical. No sólo implica derechos para su grupo, sino que cuestiona los cimientos del Estado Nación en toda América Latina.

“La “demanda indígena”, sin embargo, no se contenta solamente con reivindicar beneficios para quienes pertenecen a las comunidades indígenas, sino que propone crecientemente cambios que afectan al conjunto de la sociedad nacional y al Estado. Al proponer una sociedad multiétnica y multicultural los indígenas no sólo han cuestionado su propia situación de pobreza y marginalidad, sino que ha cuestionado también las relaciones de dominación de la sociedad latinoamericana basadas en la discriminación racial, en la intolerancia étnica y en la dominación de una cultura sobre las otras. Los indígenas han cuestionado las bases del Estado Republicano Latinoamericano, construido sobre la idea de “un solo pueblo, una sola Nación, un solo Estado”. La unidad artificial y colonial de Pueblo, Nación y Estado, presente en todas las Constituciones latinoamericanas, ha negado la existencia de pueblos indígenas, de la diversidad étnica y cultural de las sociedades del continente”<sup>8</sup>.

La emergencia indígena se produce a lo largo y ancho de todo el continente americano, no siendo Chile una excepción a ello. Bengoa apunta el hecho de que en la década de 1990, la “opinión pública” pensaba que en Chile los indígenas ya no existían o eran un grupo en extinción, siendo de gran sorpresa los resultados del Censo de Población Chilena del año 1992, ya que un millón de los casi 14 millones dijeron ser indígenas<sup>9</sup>.

Pese a que los modernos Estados-nación son “comunidades imaginadas”, según la célebre expresión de Benedict Anderson, podríamos decir que “poseen un tipo particular de imaginario social –es decir, formas socialmente compartidas de imaginar los espacios sociales”<sup>10</sup>. En ésta construcción, para los chilenos los indígenas e

---

<sup>8</sup> BENGEOA, José. (2007) Ob. cit., p. 41-42.

<sup>9</sup> Ver: BENGEOA, José. Censo de Comunidades y Localidades mapuches. Santiago de Chile, Ediciones Sur, 1997.

<sup>10</sup> TAYLOR, Charles. Nacionalismo y modernidad. En: McKIM, Robert. y McMAHAN, Jeff. La moral del nacionalismo. Barcelona, Gedisa, 2003, p. 59.

inmigrantes no forman parte de la cultura nacional, debiendo asimilarse a ella u ocultarse<sup>11</sup>.

Junto a la emergencia indígena, hoy en Chile surgen problemas cotidianos con el tratamiento de los inmigrantes. Ellos son de índole muy variada (laborales, educacionales, institucionales, culturales), pero que tienen un denominador común: la política de asimilación del Estado chileno y la poca discusión de fondo sobre cómo abordar la inmigración.

Siendo Chile un país multicultural, debido a la presencia de pueblos indígenas e inmigrantes considerables y en aumento, no se reconoce como tal. ¿Hay razones filosóficas políticas para reconocerse como una sociedad multicultural? ¿Qué implica reconocerse como sociedad multicultural? ¿Cuáles son las dificultades normativas y jurídicas que surgen en el reconocimiento multicultural? ¿Cuáles son las razones para que Chile no hubiera reconocido la multiculturalidad de su sociedad? ¿Hay alguna tendencia a reconocer la multiculturalidad en Chile? ¿Es necesario hacer cambios constitucionales al respecto? ¿Junto a las reformas constitucionales, que tipo de medidas políticas se deberían tomar? ¿En qué medida nos pueden servir experiencias comparadas como las del Estado Plurinacional de Bolivia?

Mi tesis, es que Chile debe reconocerse como un país multicultural y multinacional, ello por razones de justicia, igualdad y de reparación, tanto para con los pueblos indígenas que lo conforman, como para los inmigrantes que se encuentran habitando el territorio de la república. Dichas razones se pueden encontrar tanto en la filosofía política comunitaria, como en el propio liberalismo. Así durante el presente trabajo pondré a prueba dicha tesis y las complejidades que derivan de ella.

Para alcanzar el objetivo trazado, utilizaré tres herramientas metodológicas: el análisis metateórico, la discusión normativa y el comparativo. El análisis metateórico servirá

---

<sup>11</sup> En el punto 2.4. del Capítulo II, analizo el fenómeno migratorio en Chile, donde hago presente un estudio que recopiló diversas encuestas realizadas y que tenían por objeto revisar la percepción que tienen los “chilenos” sobre los inmigrantes. De dichos instrumentos de medición se llega a la conclusión que la percepción de los “chilenos” es bastante despreciativa hacia el grueso de los inmigrantes, principalmente a los de origen Peruano, Boliviano, Ecuatoriano y Colombiano.

para describir las doctrinas multiculturales, su coherencia interna, su estructura normativa y sus límites prácticos. Ello se realizará principalmente en el capítulo primero, aunque se encuentra abordado a lo largo de todo el trabajo.

Una exploración de ese tipo colabora para que podamos “(...) modificar el modo en que vemos el abanico de opciones que integran nuestra deliberación práctica, es decir, puede servirnos para descartar argumentos y cursos de acción que hasta ese momento habíamos considerado coherentes, válidos o justificados, y para añadir otros que, habíamos considerado inválidos o sin fundamento. Así pues, la reflexión metateórica, no es tan sólo un procedimiento para aclarar los problemas normativos. Sus conclusiones pueden traer implicaciones importantes sobre los materiales de nuestra deliberación práctica y sobre el modo de combinarlos y, por tanto, pueden no ser normativamente inocuas”<sup>12</sup>.

La segunda herramienta metodológica es la discusión normativa, la que utilizaré para contrastarla con las ideas filosóficas y jurídicas recientes que se han ocupado para no reconocer constitucionalmente el multiculturalismo de la sociedad chilena. Para ello, describiré el marco normativo existente en Chile al respecto y las ideas que subyacen la construcción de un estado monocultural y uninacional. Revisaré si con la incorporación de la legislación sobre pueblos indígenas, las reformas constitucionales del año 2005 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, se puede hablar de cambios o avances en el reconocimiento multicultural. Mi principal propósito en este punto es poner a prueba la tesis del trabajo, es decir, que Chile por razones de justicia, igualdad y reparación debe reconocerse constitucionalmente como una sociedad multicultural y multinacional. Además sostendré que ello debiera ser defendido tanto por quienes son afines al comunitarismo como al liberalismo. Estos puntos, se tratarán principalmente en el capítulo segundo del trabajo<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. La doctrina política del nacionalismo. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, España. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1999, pp. 1-2.

<sup>13</sup> Hago la salvedad, que si bien, estos puntos se tratan principalmente en el capítulo segundo del presente trabajo, ellos se encuentran abordados transversalmente en toda la obra.

Finalmente, y como tercera herramienta metodológica ocuparé el comparativo. Éste método tiene un valor en sí mismo<sup>14</sup> en lo que sería su modo descriptivo<sup>15</sup>, y nos permite además -en su modo aplicado<sup>16</sup>- perseguir una finalidad práctica: la reforma del Derecho. En particular, utilizaré el método del derecho constitucional comparado, al centrar el estudio en el ordenamiento constitucional de un país particular –Chile-, de manera que éste es el que se toma como término de comparación, interesando la organización jurídico constitucional de otro país -Bolivia- en la medida que muestre similitudes o contrastes, o sirvan de aclaración para aquel que forma el objeto central de estudio<sup>17</sup>. La comparación con Bolivia es relevante por las siguientes razones: 1. vecindad; 2. comunidad de pueblos indígenas en el norte de Chile; 3. alta inmigración; 4. desarrollo constitucional del Estado Plurinacional. Ella se desarrollará en el capítulo tercero del trabajo.

Las razones de vecindad son evidentes, por lo que conocer como un país fronterizo afrontó la multiculturalidad, incorporándola a su constitución es una razón para la comparación. Además, Chile y Bolivia en el extremo norte del primero, comparten comunidades indígenas (quechuas y aymaras) para los cuales las fronteras territoriales de ambos países, en muchos casos, es sólo un aspecto de carácter administrativo. Dichos pueblos transitan de país en país, tal y como lo han hecho desde tiempos ancestrales. Ello implica que a los “aymaras” o “quechuas” de Chile y Bolivia se les aplican y reconocen derechos constitucionales y nacionales diferentes si fueron inscritos en los registros civiles de uno u otro país. Por tanto, realizar la comparación con Bolivia resulta relevante.

---

<sup>14</sup> Así lo señaló René David al expresar que: “(...) asignamos al Derecho comparado de nuestro tiempo una tarea diferente: la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de comprender a los otros nuestro propios puntos de vistas, es decir, la de organizar, en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica y, si es posible, armónica que constituye la conditio sine qua non para el mantenimiento y el progreso de nuestra civilización”. DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 8.

<sup>15</sup> GUTTERIDGE, Harold. El derecho comparado. Barcelona, Instituto de derecho comparado, 1954, pp. 9-23.

<sup>16</sup> GUTTERIDGE, Harold. Ob. cit., p. 9-23.

<sup>17</sup> GARCÍA-PELAYO. Manuel. Derecho constitucional comparado. 7° ed. Madrid, Revista de Occidente, 1964, pp. 18-32.

De igual forma, la comparación se fundamenta en la alta inmigración de ciudadanos bolivianos a territorio chileno, la que se acrecentó en la última década, por múltiples razones. Así conocer y comparar el tratamiento multicultural entre ambos países nos puede ayudar a reflexionar sobre posibilidades normativas para una de las fuentes del multiculturalismo.

En Bolivia se ha desarrollado el concepto de “Estado Plurinacional”, un modelo de Estado con base étnica que supone tres saltos de escala. La primera, el paso desde la condición cultural de los grupos étnicos al reconocimiento de que son naciones y, a partir de ahí, su estatalización, que supone formar parte de las estructuras del Estado. Cada escala supone formas distintas de organización estatal. La primera es la actualmente existente en Bolivia, que reconoce el carácter multicultural y plurilingüe del país, así como las formas de organización y funcionamiento de las comunidades indígenas. El segundo es el existente en muchos Estados, entre ellos España —que reconoce la existencia de nacionalidades, y no de «naciones»— y más recientemente Sudáfrica, que reconoce el carácter de naciones a los grupos étnicos, sin que en ninguno de los casos se haya dado el paso siguiente de incorporarlos a la estructura del Estado declarando que sea plurinacional en su fundamento mismo. Dicha construcción teórica nos permitirá visualizar -en la comparación-, lo que se puede considerar un aporte normativo a las doctrinas multiculturales, de lo que no. Y además, nos permitiría observar, cuáles de dichos aspectos, podrían considerarse aplicables a la realidad chilena como elementos para una reforma constitucional.

Finalmente, en el último capítulo, expondré las conclusiones que he obtenido. Me interesa principalmente poder entregar los elementos principales tanto en el plano de la filosofía política, como normativos, para que en Chile se elabore una reforma constitucional que incorpore el razonamiento de las doctrinas multiculturales y a partir de ello las políticas de reconocimiento, respeto y diferencia sean parte fundante del ordenamiento jurídico y por ende, principios para la actuación de todos los poderes públicos.

## I. PANORAMA GENERAL DEL MULTICULTURALISMO.

“Colón desconoce pues la diversidad de las lenguas, lo cual, frente a una lengua extranjera, sólo le deja dos posibilidades de comportamiento complementarias: reconocer que es una lengua pero negarse a creer que sea diferente, o reconocer su diferencia pero negarse a admitir que se trate de una lengua...Esta última reacción es la que provocan los indios que encuentra muy al principio, el 12 de octubre de 1492; al verlos, se promete: “Yo, placiendo a Nuestro Señor, llevaré de aquí al tiempo de mi partida seis a V.A. para que deprendan hablar”.

Tzvetan Todorov<sup>18</sup>

El presente capítulo tiene por objeto, revisar el marco teórico en el cual se desarrolla el debate sobre el multiculturalismo, tanto en el plano de la Filosofía Política, como en sus aspectos normativos y prácticos.

En primer lugar, revisaré la extensión del concepto de multiculturalismo, señalando los límites del mismo, en que sentido se usará y la justificación de ello.

En segundo lugar, abordaré los principales aspectos del debate de la filosofía política sobre el multiculturalismo. Para ello, revisaré los planteamientos del comunitarismo, con sus exponentes principales, y luego, las respuestas dadas de parte del liberalismo en sus diversas variantes. Para esquematizar el debate, seguiré las fases establecidas por Will Kymlicka<sup>19</sup>.

En tercer lugar, en el plano de las consecuencias normativas y prácticas del debate filosófico sobre el multiculturalismo, analizaré las políticas generales y específicas que se han propuesto para abordar el fenómeno multicultural.

---

<sup>18</sup> TODOROV, Tzvetan. La Conquista de América. El problema del otro. Madrid, Siglo XXI, 2010, p. 38.

<sup>19</sup> KYMLICKA, Will. La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona, Paidós, 2003, 452p.



Luego y en cuarto lugar, expondré las políticas que se han llevado a cabo para abordar la inmigración, centrándome en las experiencias de países Europeos y de Norte América.

De igual forma, en quinto y sexto lugar, analizaré los aspectos más importantes sobre los derechos de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, revisando su recepción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con especial atención en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes. Abordaré el tema de la constitucionalización de los Derechos Indígenas, ya que ha sido en éste campo, en el que se ha desenvuelto el debate sobre el multiculturalismo en América Latina.

En séptimo lugar, desarrollaré la discusión jurídica que se ha producido en torno al derecho de los grupos, siguiendo el esquema expuesto por Luis Rodríguez Abascal<sup>20</sup>, dividiendo el tema en tres planos: a. El conceptual; b. El normativo; c. El práctico.

Finalmente, y a modo de resumen del capítulo, integraré todos los puntos expuestos, señalando los principales aspectos tratados, e identificando el estado actual del multiculturalismo respecto de la filosofía política, el debate normativo, el aspecto práctico y el tratamiento del mismo en América Latina.

### **1.1. Precisiones sobre el concepto de multiculturalismo.**

El concepto de multiculturalismo se ha usado para dar cuenta de la diversidad cultural existente en las sociedades modernas, con múltiples acepciones y alcances. El concepto se utiliza para hacer referencia a grupos con características, necesidades y exigencias muy disímiles: mujeres, homosexuales, discapacitados, pueblos indígenas, niños, entre otros.

---

<sup>20</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. El debate sobre los derechos de grupo. En: DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (Eds). Estado, Justicia y Derechos. Madrid, Alianza Editorial, 2002. pp. 409-434.

Este uso amplio y vago del vocablo multiculturalismo, se debería, según Will Kymlicka<sup>21</sup>, a la complejidad del término cultura. Así, el concepto es usado para nombrar las costumbres de grupos, y en otros momentos tiene como referente la civilización moderna, urbana y secular.

Cuando el concepto se utiliza de forma tan amplia, trae por consecuencia la dificultad de saber con claridad a que fenómeno social nos estamos refiriendo y por ende, problemas de comunicación entre los interlocutores.

Debido a lo anterior, es necesario precisar el concepto y determinar con claridad los alcances del mismo.

De esta forma, distingo el multiculturalismo del pluralismo. El pluralismo, es la diversidad de concepciones morales que tienen los individuos y los grupos que conforman una sociedad. En el pluralismo hay diversidad, pero existe un consenso básico o fundante en el plano axiológico, y por ende, en su configuración normativa. Hay diversidad en el entendimiento de los valores de la sociedad, pero se comparten los valores y principios de una cultura. En el pluralismo, existen diferencias en la sociedad que no son estructurales, que se resuelven dentro del mismo imaginario cultural y esquema institucional.

Por multiculturalismo, se entendería el pluralismo de las culturas. Existen códigos culturales diferentes, visiones de mundo distintas. Con ello la relación en una sociedad multicultural se vuelve mas compleja, los problemas que genera la convivencia de culturas distintas, trae tensiones constantes.

Visto así, tanto el pluralismo como el multiculturalismo son situaciones de hecho, son conceptos descriptivos de la sociedad en la que se vive. "Todas las sociedades democráticas modernas contienen múltiples culturas en su interior. En ese sentido directo, las sociedad democráticas pueden llamarse multiculturales"<sup>22</sup>.

Tomando en consideración lo señalado, el multiculturalismo se podría definir de la siguiente forma:

---

<sup>21</sup> KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Barcelona, Paidós, 1995. pp. 25-45.

<sup>22</sup> GUTMANN, Amy. La identidad en democracia. Buenos Aires, Katz Editores, 2008, p. 68.

“El multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata, pues, del pluralismo de intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las “culturas”, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan”<sup>23</sup>.

En un sentido similar, Will Kymlicka señala que:

“Me centraré en el tipo de <<multiculturalismo>> derivado de las diferencias nacionales y étnicas. Como dije antes, utilizo <<cultura>> como sinónimo de <<nación>> o <<pueblo>>; es decir, como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte un lenguaje y una historia específicas. Por tanto, un Estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un Estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política”<sup>24</sup>.

Así para Kymlicka, las fuentes del multiculturalismo de un país serían dos: a. La coexistencia, dentro de un determinado Estado, de más de una nación; b. La inmigración.

En la primera fuente de multiculturalismo, Kymlicka entiende por nación, una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciada. Dicho concepto de nación, estaría estrechamente ligado, al de pueblo o de cultura, siendo una definición de tipo sociológica. En éste concepto se integran tanto a minorías culturales, como a pueblos (naciones) indígenas.

Resulta importante la idea de que la incorporación de distintas naciones dentro de un sólo Estado puede ser de tipo involuntaria (conquista, invasión o cesión de la comunidad de una potencial imperial a otra) o voluntaria (federación, Estado

---

<sup>23</sup> VIOLA, Francesco. Constitución y multiculturalismo. *Ragion pratica*. 11(20): 33-71, 2003.

<sup>24</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 36.

Plurinacional o multinacional). Existen varios ejemplos de democracias occidentales de tipo multinacional que se han formado voluntariamente: Canadá, España, Bélgica, Suiza y Bolivia<sup>25</sup>.

La segunda fuente del muticulturalismo, es la inmigración. Un país será multicultural si presenta un gran número de individuos de otras culturas o nacionalidades, que hubieran llegado al país producto de inmigración, a los cuales se les permita mantener algunas de sus particularidades culturales.

Las formas de pluralismo cultural o multiculturalismo precitadas, en cuanto a la composición del Estado, ha implicado el surgimiento de nuevas categorías: los Estados multinacionales y Estados poliétnicos.

Los Estados multinacionales, son aquellos constituidos por más de una nación y los poliétnicos, los que aceptan de manera amplia la inmigración de individuos de culturas diferentes a la hegemónica y que permiten expresar, promover y proyectar sus diferentes legados culturales (Estados Unidos y Canadá, son buenos ejemplos de Estados poliétnicos).

Así los Estado pueden ser “a la vez multinacional (como resultado de la colonización, la conquista o la confederación de comunidades nacionales) y poliétnico (como resultado de la inmigración individual y familiar)”<sup>26</sup>.

Entender el multiculturalismo, desde la óptica de pluralismo de las culturas, trae como consecuencia, no incluir en el concepto los tipos de vida, movimientos sociales y asociaciones voluntarias de la sociedad civil, que otros sí incorporan. Estos grupos se

---

<sup>25</sup> Todos los ejemplos dados, constituyen diferentes tipos de Estados multinacionales. Canadá, es una federación de tres grupos nacionales distintos: ingleses, franceses y aborígenes. España, es un Estado regional, de carácter unitario, que en su seno alberga distintas nacionalidades. El caso de Bolivia, es un Estado Unitario que reconoce en su Constitución estar compuesto por distintas nacionalidades, cuyo origen principalmente se deriva de pueblos indígenas.

<sup>26</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 34.

pueden considerar de interés, a diferencia de los que surgen por las fuentes del multiculturalismo, que se denominarían grupos de tipo identitarios<sup>27</sup>.

Lo anterior se debe a que las demandas de los movimientos o grupos de tipo homosexual, feministas, lesbianas, discapacitados y otros, son luchas más amplias para lograr una democracia más tolerante e inclusiva. Dichas demandas son transversales a todos los grupos de la sociedad.

Siguiendo lo planteado por Kymlicka, en éste punto, señala que:

“La marginación de las mujeres, los gays, las lesbianas y los discapacitados atraviesa las fronteras étnicas y nacionales: se da en las culturas mayoritarias y en los Estados-nación, así como dentro de las minorías nacionales y los grupos étnicos, por lo que debe combatirse en todos esos lugares. Por tanto, una teoría que contemple los derechos de las minorías culturales debe ser compatible con las justas reivindicaciones de los grupos sociales que se encuentran en situación de desventaja (...)”<sup>28</sup>.

Por tanto, para el desarrollo del presente trabajo, se utilizará un concepto de multiculturalismo de tipo operativo, que incorpora la pluralidad de culturas, derivadas de una fuente étnica o nacional, y de la inmigración.

## **1.2. El debate liberal-comunitario.**

Desde mediados de la década de 1970, comenzó un movimiento en la filosofía política de revalorización del espacio común y de otorgar una creciente importancia moral e identitaria al grupo y la comunidad. En el plano de la filosofía política y desde una óptica comunitaria, se inició con los ensayos de Vernon Van Dyke<sup>29</sup>, quién criticó a

---

<sup>27</sup> Ver: GUTMANN, Amy. La identidad en democracia. Buenos Aires, Katz Editores, 2008, pp. 61-126.

<sup>28</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 36.

<sup>29</sup> VAN DYKE, Vernon. The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory. World Politics. 29(3): 343-369, 1977.

John Rawls, en el año 1977, señalando que en su teoría de la justicia no existía cabida para los grupos sociales, que median entre el individuo y el Estado.

Al mismo tiempo, en Europa, se observaba con atención el movimiento descolonizador en África, generándose a la par, movimientos de orientación nacionalista. La retórica de territorio ocupado, liberación nacional, opresión extranjera, son las consignas del discurso de los movimientos nacionalistas.

Dichos movimientos, tuvieron -en general- una base ideológica de izquierda radical. Sostuvieron la tesis de que la “revolución” en el Estado unitario era muy complicada, se volcaron a los espacios locales y unidades territoriales-culturales más básicas. Para la izquierda radical, liderar un Estado pequeño nacionalista sería más fácil. Rompen con el ideal de la izquierda universal e internacionalista.

Se produce una crítica genérica del individualismo, una vuelta a la solidaridad comunitaria. Hay una emergencia de movimientos nacionalistas de emulación a la descolonización de África y Asia<sup>30</sup>.

De la revalorización de los grupos sociales, se da el paso a la atribución de los derechos a esos grupos, y luego, un rechazo de los derechos individuales. Esto tiene múltiples matices, variados lugares, y variopintas trincheras. El movimiento es heterogéneo, y da lugar al nacionalismo, multiculturalismo, políticas de la diferencia, indigenismo, etc.

En América Latina, a finales de la década de 1980 y principios de la década de 1990, se produce la “emergencia indígena”, copando las agendas políticas y cuestionando las bases del Estado nacional, monocultural y unitario.

---

<sup>30</sup> En ese sentido, señala Mónica Quijada, que los procesos de descolonización en Asia y África y la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos, “modificaron muchas perspectivas de valoración de la diversidad. Surgió el relativismo cultural, se produjo una revalorización de las diferencias étnicas y finalmente, en ese mundo hegemónico de los derechos individuales, ha irrumpido la noción de los derechos comunitarios. De tal forma, frente a la monocultura que se había asociado a los valores de la civilización occidental comenzó a imponerse una nueva perspectiva, la del <<pluralismo cultural>>. Ver: QUIJADA, Mónica. Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera? En: Giraud, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 72-73.

Todo lo anterior, configura en términos generales, el contexto histórico político, para el debate entre liberales y comunitaristas, que se lleva a cabo en la filosofía política y del cual daré cuenta a continuación. Para ello y teniendo presente que el debate ha tenido distintos momentos históricos, utilizaré la división temporal y temática planteada por Will Kymlicka<sup>31</sup>, dividiéndolo en tres fases, y un punto cuarto donde trato en extenso lo que se denomina “liberalismo igualitario”. El esquema se traduciría en: 1. Los derechos de las minorías entendidos desde la óptica del comunitarismo; 2. Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal; 3. Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional; 4. El culturalismo liberal o liberalismo igualitario.

### **1.2.1. Primera Fase: Los derechos de las minorías entendidos desde la perspectiva del comunitarismo.**

Temporalmente, esta fase está compuesta por aquellos teóricos que desarrollaron el tema durante las décadas de 1970 y 1980, época en la cual, los derechos de las minorías fueron asumidos desde el comunitarismo. Para ejemplificar el punto, me centraré en la obra de Charles Taylor, que en su libro titulado: El multiculturalismo y la “Política del Reconocimiento”; expresa con gran claridad los principales tópicos de la postura comunitaria al respecto.

La idea central de la política del reconocimiento, expuesta por Taylor, es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento<sup>32</sup> o por la falta de éste. Se incluye también la idea de un falso reconocimiento de otros. En razón de ello, Taylor expresa que:

---

<sup>31</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., pp. 29-58.

<sup>32</sup> Nancy Fraser, señala que el término “reconocimiento”: “(...) proviene de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. En esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él. Por tanto, el “reconocimiento” implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad”. En: FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En: FRASER, Nancy, y HONNETH, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Morata, 2006, pp. 17-88.

“(…) un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido”<sup>33</sup>.

Como ejemplo de la falta de reconocimiento y atingente a nuestra realidad, Taylor anota: “Se afirma que a partir de 1492 los europeos proyectaron una imagen de tales pueblos como inferiores, “incivilizados”, y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esta imagen a los conquistados”<sup>34</sup>.

Dentro de ésta perspectiva la falta de reconocimiento o el falso reconocimiento, no sólo es una muestra de falta de respeto, sino que pueden causar una herida profunda a las personas, generando en ella un odio a sí mismas. “El reconocimiento debido, no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital”<sup>35</sup>.

Taylor, apunta cambios en la estructura societal, que dan sentido a las ideas señaladas.

---

<sup>33</sup> TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento. 2º ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, p. 53-54.

<sup>34</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 54. En el mismo sentido, y en lo que se refiere a la identidad, Mónica Quijada señala que: “(…) los movimientos indígenas suelen manejar un concepto muy especial de <<identidad>>. Para ellos, la identidad es <<aquello que confiere dignidad, que confiere autoestima>>. Esto es muy significativo, porque posiblemente el mayor mal que ha inflingido el proceso de occidentalización a los llamados amerindios es el haberlos asociado a esa idea de jerarquía racial y cultural en la que todo lo que no era blanco y europeo se consideraba <<inferior>>. Por esta razón para los movimientos indígenas, desde el norte hasta el sur del continente americano, la recuperación de la identidad implica sobre todo la recuperación de la dignidad”. Ver: QUIJADA, Mónica. Ob. cit., p. 73.

<sup>35</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 55. Cabe en éste punto, tener presente la crítica que realiza Nancy Fraser a la justificación que dan los teóricos del reconocimiento para distinguir las reivindicaciones de reconocimiento justificadas de las que no lo serían. Así, según Taylor y Honneth, la necesidad de reconocimiento, se encuentra ligada a la de identidad y por ende autoestima. Para Fraser ello es cuestionable y lo argumenta en cuanto a las identidades racistas. Por ello propone, que: “(…) los reclamantes de reconocimiento deben demostrar que los acuerdos vigentes les impiden participar en la vida social en calidad de igualdad con los otros”. En: FRASER, Nancy. Ob. cit., pp. 43-44.



1. Desplome de las jerarquías sociales, que solían ser la base del honor, empleado en el sentido que tenía en el antiguo régimen, en el que estaba intrínsecamente relacionado con la desigualdad.
2. Contra el concepto del honor, se levanta el concepto moderno de la dignidad. La dignidad se entiende igual para todos los seres humanos, por ende es universalista e igualitario. Esta es la premisa subyacente que todos comparten, única compatible con una sociedad democrática. Ello implica formas de reconocimiento igualitario. El contenido de esta política fue la de igualar los derechos y los títulos, una ciudadanía igualitaria, cuyo mayor triunfo fue el obtenido por el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos, durante la década de 1960.

En éste tránsito<sup>36</sup>, Taylor ve una continuidad entre las formas de reconocimiento igualitario de las democracias modernas, y las actuales exigencias de igualdad de status para las culturas y para los sexos.

La importancia del reconocimiento igualitario, se modificó e intensificó a partir de la nueva interpretación de la identidad individual que surgió a finales del siglo xviii, denominada “autenticidad”<sup>37</sup>.

Taylor siguiendo a Lionel Trilling, se refiere a la identidad como el ideal de la “autenticidad”. La fuente moral con la que se tiene que estar en contacto se encuentra dentro de nosotros. “Este hecho forma parte del enorme giro subjetivo característico de

---

<sup>36</sup> Charles Taylor hace una cronología histórica que para Axel Honneth, resulta engañosa. Para Honneth, la política de la identidad no es un fenómeno nuevo, se pueden encontrar sus raíces a comienzos de 1800, en la época de los nacionalismos europeos del siglo xix. Al respecto ver: HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En: FRASER, Nancy, y HONNETH, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Morata, 2006, pp. 89-148.

<sup>37</sup> Ver el ensayo de Anthony Appiah, sobre el punto. Él señala que la autenticidad no se construye exclusivamente por la persona, como piensa Lionel Trilling, a lo que se llamó esencialismo. La autenticidad, como rasgo de la identidad, se construye por el dialogo y el reconocimiento. APPIAH, Anthony. Identidad, Autenticidad, Supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2° ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 213-232.

la cultura moderna, es una nueva forma de interioridad que llegamos a pensar en nosotros como seres con profundidad interna”<sup>38</sup>.

La importancia de la fidelidad moral con uno mismo, aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser fiel a su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede articular y descubrir.

Taylor, hace una prevención importante en el relato, señalando que Herder aplicó su concepción de originalidad en dos niveles, no sólo a la persona individual, sino que también a los pueblos que transmiten su cultura entre otros pueblos.

Taylor identifica la idea de Herder, como seminal del nacionalismo –benigno y maligno– en la idea de que el colonialismo europeo debe extinguirse para dar a los pueblos del Tercer Mundo su oportunidad de ser ellos mismos, sin obstáculos.

La idea de autenticidad es crucial para Taylor. Según él, el nacimiento de una sociedad democrática no anula por sí mismo el fenómeno del honor, pues las personas aún pueden definirse por el papel social que desempeñan. Sin embargo, lo que sí socava en definitiva esta identificación derivada de la sociedad, es el propio ideal de autenticidad.

El punto central de Taylor en la idea de autenticidad y de identidad, es que ella no se produce por generación interna, sino que el rasgo decisivo es su carácter fundamentalmente dialógico. “La génesis de la mente humana no es, en este sentido, monológica (no es algo que cada quién logra por sí mismo), sino dialógica”<sup>39</sup>.

La identidad siempre se define en diálogo con las cosas que nuestros otros significantes desean ver en nosotros, y a veces en lucha con ellas. El ideal unidimensional esencialista, subestima gravemente el lugar que ocupa lo dialógico en la vida humana.

---

<sup>38</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 58.

<sup>39</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 63.

“De este modo, el que yo descubra mi propia identidad no significa que la haya elaborado en el aislamiento, sino que la he negociado por medio del diálogo, en parte abierto, en parte interno, con los demás. Por ello, el desarrollo de un ideal de identidad que se genera internamente atribuye una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende, en definitiva, de mis relaciones dialógicas con los demás”<sup>40</sup>.

Así, el reconocimiento igualitario depende del diálogo abierto y respetuoso y no de imposiciones morales de otros<sup>41</sup>. Taylor lo considera fundamental para una democracia sana. Su rechazo puede causar daños a quienes se les niega y constituir una forma de opresión.

El reconocimiento igualitario tiene dos esferas:

1. Íntima, donde se comprende que la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes.
2. Esfera pública, donde la política del reconocimiento igualitario llega a desempeñar un papel cada día mayor.

El desarrollo moderno del concepto de identidad hizo surgir la política de la diferencia. Con la política de la dignidad lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, un cúmulo idéntico de derechos e inmunidades.

A diferencia de lo anterior, para Taylor el fin de la política de la diferencia es:

“(…) lo que pedimos que se reconozca es la identidad única de este individuo o de este grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. La idea es que,

---

<sup>40</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 65.

<sup>41</sup> En diciembre de 1986, Charles Taylor visitó Chile y dio una conferencia en el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea, la que ha sido recientemente publicada en Chile en formato de libro. En dicha ponencia, Taylor plantea lo que denominó: “Algunas condiciones para una democracia viable”. Dentro de las condiciones para una democracia viable, se encontrarían las que generan el sentimiento de igual respeto. En ese sentido señala: “El tercer conjunto de condiciones que quiero considerar se refiere al sentimiento de igual respeto. Se trata obviamente de un elemento de fundamental importancia en la forma de gobierno que he definido. De no existir este sentimiento, no se entendería que la democracia implique una defensa verdaderamente común de los derechos ciudadanos”. En: TAYLOR, Charles. Democracia Republicana. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2012, p. 30.

precisamente, esta condición de ser distinto es la que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria. Y esta asimilación es el pecado cardinal contra el ideal de autenticidad”<sup>42</sup>.

En la política de la diferencia subyace el principio de igualdad universal, lo que otorga a dicho principio un punto de enlace en la política de la dignidad. Sin embargo, es compleja su compatibilidad con la política de la dignidad universal, ya que se exige reconocimiento y status a algo que no es universalmente compartido.

La política de la dignidad universal busca la no discriminación, con formas ciegas a los modos en que se diferencian los ciudadanos.

La política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de éstas distinciones la base de un tratamiento diferencial. Taylor pone como ejemplo un tratamiento diferente a los grupos aborígenes canadienses, señalando que reciben ciertos derechos y facultades de los cuales no gozan otros canadienses.

Taylor, argumenta que las políticas de la diferencia, los partidarios de la dignidad universal (liberales)<sup>43</sup>, intentan justificarla sobre la base original de la dignidad, utilizando como idea la de “discriminación a la inversa o positiva”.

---

<sup>42</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 71.

<sup>43</sup> Taylor apunta que la política de la dignidad igualitaria surgió en la civilización occidental de dos modelos, creados por Rousseau y Kant. Analizando a Rousseau, señala que él tiende a oponer la condición de libertad en la igualdad a otra que se caracteriza por la jerarquía y la dependencia de los otros. Señala que la persona depende de otro, no sólo porque se ejerza un poder político o porque la necesite para su subsistencia, sino también porque anhela contar con su estima. Para Rousseau, el remedio no consistiría en rechazar la importancia de la estima, sino en entrar en un sistema totalmente distinto que se caracterice por la igualdad, la reciprocidad y la unidad de propósito. La unidad de propósito, entendida como voluntad general, se construye con la igualdad de estima. Así el silogismo de Rousseau, es que el “yo” es “nosotros” y “nosotros” el “yo”. “El principio de Rousseau parece ser que para cualquier relación R con dos lugares y que incluya poder, la condición de una sociedad libre es que los dos términos unidos por la relación sean idénticos: xRy es compatible con una sociedad libre sólo cuando x=y. Esto es verdad cuando la relación incluye a las x que se presentan a sí mismas en el espacio público a las y. desde luego, es verdadero hasta la celebridad cuando la relación “ejerce la soberanía”. En el Estado del contrato social el pueblo debe ser, a la vez, soberano y súbdito”. En Rousseau, libertad entendida como no dominación, ausencia de roles diferenciados y un propósito común muy compacto, son aspectos inseparables de su teoría. Así todos debemos depender de la voluntad general para que no surjan formas bilaterales de dependencia.

“La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no sólo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?”<sup>44</sup>

Charles Taylor, crítica el argumento de Will Kymlicka<sup>45</sup>, de defender la política de la diferencia en relación con los aborígenes en Canadá, desde la teoría de la neutralidad

---

Para Taylor, lo planteado por Rousseau ha sido la fórmula para las formas más terribles de tiranía homogeneizante, comenzando por los jacobinos para terminar con los regímenes totalitarios del siglo XX. El modelo Kantiano de dignidad universal, separa de la triada Rousseauiana la libertad igualitaria, siendo ajeno a dicho sistema la idea de voluntad general. Sin embargo ésta variante del liberalismo, “(...) sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las distintas identidades culturales. La idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, que sea posible que su aplicación haya de tomar en cuenta las diferentes metas colectivas, se considera del todo inaceptable”. Para explicar ésta forma de liberalismo, Taylor revisa lo planteado por Dworkin, señalando que todas las personas tienen opiniones sobre los fines de la vida, sobre lo constituye una vida buena, pero se reconoce el compromiso de tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concebamos nuestros fines. El compromiso de trato igualitario y equitativo, es de tipo procesal, mientras que el compromiso con los fines de la vida, es de tipo sustancial. Dworkin, afirma que una sociedad liberal es aquella que, como sociedad, no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida. Antes bien, la sociedad se une en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto. “Hay suposiciones filosóficas muy profundas que subyacen en esta opinión del liberalismo arraigado en el pensamiento de Immanuel Kant. Entre ellas, destaca el de que esta opinión considera que la dignidad humana consiste en gran medida en la autonomía, es decir, en la capacidad de cada persona para determinar por sí misma su idea de la vida buena. La dignidad está menos asociada con cierta concepción particular de la vida buena (como que el que alguien se apartara de ella rebajaría su propia dignidad) que con la capacidad de considerar y adoptar para uno mismo alguna opinión u otra”. Ver: TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., pp. 69-88.

Así la sociedad neutral debe permanecer neutral ante la o las concepciones de vida, y limitarse a garantizar que los ciudadanos se traten sin distinciones y el Estado los trate a todos por igual.

<sup>44</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 73.

<sup>45</sup> Argumento utilizado en el libro: KYMLICKA, Will. Liberalism, Community and Culture. Oxford, Oxford University Press, 1989, 280p.

liberal. Señala que el argumento de Kymlicka no integra las demandas reales hechas por los aborígenes de supervivencia de su cultura<sup>46</sup>.

La política de la diferencia, también se fundamenta en un potencial universal, el de modelar y definir la propia identidad, como individuos y como cultura. Esta potencialidad debe respetarse en todos por igual y entre todas las culturas. Para Taylor, la arrogancia de superioridad cultural implica el rechazo al principio de la igualdad humana.

El reproche que hace el liberalismo a la política de la diferencia, es que viola el principio de no discriminación. La crítica de la política de la diferencia al liberalismo, es que niega la identidad cuando constriñe a las personas en un molde homogéneo que no les pertenece. Ya sería un problema si el molde fuere neutral, pero la queja va más allá, pues señala que el conjunto de principios supuestamente neutral, es en realidad, el reflejo de una cultura hegemónica. Así, sólo las culturas minoritarias o suprimidas son constreñidas a asumir una forma que les es ajena.

---

<sup>46</sup> La supervivencia cultural para Taylor es una meta colectiva que puede ser amparada y desarrollada por un gobierno. Para ejemplificar ello, señala que: "Para el gobierno de Quebec, es axiomático que la supervivencia y el florecimiento de la cultura francesa en esta provincia constituye un bien". TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 96-97. Éste es uno de los puntos más discutidos en la teoría de Taylor. Amy Gutman, apunta al respecto: "El ensayo de Appiah da motivos para preocuparse por la demanda de la supervivencia cultural entendida como una garantía política de que ninguna cultura seguirá existiendo por generaciones futuras indefinidas. Appiah está de acuerdo con Taylor en que hay "objetivos colectivos legítimos cuya búsqueda hará necesario renunciar al procedimiento puro", pero la supervivencia cultural indefinida no se encuentra entre estas metas". Introducción. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y "la política del reconocimiento". 2° ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 11-52. En un sentido similar, Habermas crítica la "supervivencia cultural" planteada por Taylor: "La protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades debe servir, en último término, al reconocimiento de sus miembros; no tiene de ningún modo el sentido de una protección administrativa de las especies. El punto de vista ecológico de la conservación de las especies no puede trasladarse a las culturas. Las tradiciones culturales y las formas de vida que en ellas se articulan se reproducen normalmente por el hecho de que convencen a aquellos que las abrazan y las graban en sus estructuras de personalidad, es decir, porque motivan a una apropiación productiva y una prosecución de las mismas. Desde los presupuestos del estado de derecho, sólo cabe posibilitar ese rendimiento hermenéutico de la reproducción cultural de los mundos de la vida, ya que una garantía de supervivencia habría de robarles a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural". HABERMAS, Jürgen. La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y "la política del reconocimiento". 2° ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 186-187.

“(…) La sociedad supuestamente justa y ciega a las diferencias no sólo es inhumana –en la medida en que suprime las identidades-, sino que también, en una forma sutil e inconsciente, resulta sumamente discriminatoria”<sup>47</sup>.

Taylor, plantea que las teorías de Rawls, Dworkin y Habermas, parten de la suposición que una de ellas es la correcta. Señala que estas teorías liberales son particularismos que se disfrazan de universalismos.

Para Charles Taylor, el liberalismo clásico, es intolerante con la diferencia, porque insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y desconfía de las metas colectivas.

En resumen, en esta primera fase del debate, desde la óptica liberal se aprecia la autonomía individual, oponiéndose a los derechos de las minorías, debido a que son innecesarios y una peligrosa desviación del adecuado énfasis en el individuo. Por el contrario, los comunitaristas, ven los derechos de las minorías:

“(…) como una apropiada forma de protección de las comunidades frente a los erosivos efectos de la autonomía individual y como un modo de afirmar el valor de la comunidad. En particular, las minorías etnoculturales merecen esta protección, en parte porque son las que más peligro corre, pero también porque todavía conservan un modo de vida comuna que proteger. A diferencia de la sociedad mayoritaria, las minorías etnoculturales aún no han sucumbido al individualismo liberal y, por tanto, han mantenido una forma coherente de vida colectiva”.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 78.

<sup>48</sup> KYMLICKA, Will. La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona, Paidós, 2003, p. 32.

### **1.2.2. Segunda Fase: Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal.**

Durante la década de 1990, el debate da un giro, ya que teóricos del liberalismo reconocen que éste pueda dar cabida a derechos de las minorías. Will Kymlicka, escribe varios trabajos al respecto, siendo el libro titulado “Ciudadanía multicultural”<sup>49</sup>, donde expone la tesis de compatibilidad entre liberalismo y derechos de las minorías, dando paso a lo que se denomina como “liberalismo igualitario o culturalismo liberal”.

“Para muchas personas esta nueva <<política de la diferencia>> representa una amenaza a la democracia liberal. En este libro he presentado una perspectiva más optimista y he intentado demostrar que muchas (aunque no todas) las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son consistentes con los principios liberales de libertad individual y justicia social. No quiero decir con ello que estas cuestiones se puedan <<resolver>> de una manera definitiva; lo que está en juego es demasiado complicado para ello. Pero se pueden <<gestionar>>, de manera pacífica y justa, si damos por supuesto que existe un cierto grado de buena voluntad”<sup>50</sup>.

Kymlicka, analiza las demandas de los grupos etnoculturales y minorías nacionales, señalando que la mayoría<sup>51</sup> de ellos desean participar en forma plena e igualitaria en

---

<sup>49</sup> KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Barcelona, Paidós, 1995, 303p.

<sup>50</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 265.

<sup>51</sup> No comparto la conceptualización que ha realizado de esta fase Miguel Carbonell (siguiendo a Will Kymlicka), debido a que afirma una demostración que Kymlicka asume como algo ejemplar. Kymlicka, no afirma categóricamente que haya demostrado que todos los grupos etnoculturales y minorías nacionales tengan ideales o demandas liberales. De hecho en su libro “La política vernácula”, en el punto 6 “Teoría de los derechos indígenas”, asume la tensión entre individuo y colectividad patente en los grupos indígenas. Sin embargo, cuando Carbonell hace un resumen de la segunda fase expuesta por Kymlicka, afirma lo siguiente: “En la segunda etapa el debate cambia sustancialmente, ya que se reconoce que el liberalismo puede dar cabida a derechos de las minorías. En ese cambio concurren varias circunstancias. Una de ellas es que se comprueba que las minorías no siempre quieren ser protegidas de los avances de la modernidad; por el contrario lo que piden es una serie de protecciones que les permitan justamente poder disfrutar de esos avances en condiciones equitativas respecto a la mayoría. Las minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y anti-liberales porque se comprueba la adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios”. Ello es importante, en el plano práctico de las políticas, ya que en el caso de los grupos indígenas si sus demandas se pueden acomodar en el Estado democrático liberal, las políticas serán diferentes, a si presentan una mayor tensión



las sociedades liberales modernas. Alguno de ellos, desea la secesión de una democracia liberal, pero para la creación de su democracia liberal, no una sociedad de tipo comunitaria.

Así para Kymlicka, el debate en ésta segunda fase, en especial el derecho de las minorías, queda reformulado como una cuestión inserta en la teoría liberal y el reto es poder incluir las demandas dentro del marco general del liberalismo.

Las preguntas que surgen en esta etapa<sup>52</sup> y a las que se busca dar respuesta desde el liberalismo son: ¿Si las minorías culturales son liberales (en su mayoría), porqué entonces necesitan que se les reconozca un estatus jurídico particular?, ¿por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos?, y ¿cómo asegurar que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías representará un rompimiento de los postulados esenciales del liberalismo? Es decir ¿hasta dónde puede llegar ese reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal?

Como respuesta a las preguntas planteadas, Kymlicka formula dos reglas que deberían respetar las minorías culturales para que sus derechos sean coherentes con el liberalismo, que denomina de culturalismo liberal o liberalismo igualitario. Así tendría sentido establecer derechos para las minorías si estos:

- a. Protegen la libertad de los individuos dentro del grupo.
- b. Promueven relaciones de igualdad o de no dominación entre los grupos o con la sociedad mayoritaria.

Con algún grado de concordancia, pero muchos matices, Taylor asume que una sociedad liberal podría organizarse sobre la base de una definición de vida o meta colectiva, siempre que se garanticen los derechos de los individuos que no comparten la definición pública de lo bueno.

---

con el mismo. Ver CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura*. 10(13), 2004, pp. 21-80.

<sup>52</sup> Sigo la sistematización realizada por Miguel Carbonell, en: CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura*. 10(13): 21-80, 2004.

Este modelo distinguiría las libertades fundamentales, las que nunca deberían ser restringidas o infringidas, de los privilegios y las inmunidades, que a pesar de sus importancias se pueden revocar o restringir por razones de política pública.

“Según esta opinión, una sociedad con poderosas metas colectivas puede ser liberal cuando también sea capaz de respetar la diversidad, en especial al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales”<sup>53</sup>.

Taylor termina éste punto señalando que existen dos variantes de liberalismo, el primero que podríamos denominar como liberalismo clásico, y el segundo liberalismo que denominaremos igualitario.

Como ya he señalado, para Charles Taylor, el liberalismo clásico, es intolerante con la diferencia, porque a) insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción, y b) desconfía de las metas colectivas.

“(…) he afirmado que es intolerante con la diferencia porque en ella no tiene cabida aquello a lo que aspiran los miembros de las distintas sociedades, que es la supervivencia. Ésta es b) una meta colectiva, que a) casi inevitablemente exige modificar los tipos de leyes que nos parecen permisibles de un contexto cultural a otro, como claramente lo muestra el caso quebequense”<sup>54</sup>.

Sin embargo, existe una segunda versión del liberalismo, dentro de la cual está el liberalismo igualitario que plantea Will Kymlicka<sup>55</sup>. En síntesis dicha postura permite un Estado comprometido con la supervivencia y el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, en la medida en que los derechos básicos de los ciudadanos que tienen diferentes compromisos, o que no los tienen en absoluto, estén protegidos.

Es importante observar que este liberalismo es tolerante y no determinado, están dispuestos a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme (de acuerdo con una poderosa teoría de los derechos) contra la importancia de la supervivencia

---

<sup>53</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob., cit., p. 98.

<sup>54</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob. cit., p. 100.

<sup>55</sup> Ver: KYMILCKA, Will. (1995) Ob. cit., pp.57-64.

cultural, y optan a veces por esta última. Lo anterior, implica que los liberales podrán optar entre la primera clase o la segunda, ya que en la configuración del Estado, dicho liberalismo sería opcional, siendo una de las opciones el liberalismo clásico, lo que constituiría una falencia del mismo.

Para Taylor, el liberalismo en cualquiera de sus variantes, no constituye un campo de reunión posible para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatibles con otras. Charles Taylor, crítica el liberalismo de los derechos o denominado igualitario, ya que para él, no da una respuesta adecuada a sociedades que cada día se vuelven más multiculturales y porosas.

Junto a lo anterior, Taylor agrega que el liberalismo en cualquiera de sus variantes es un credo combatiente, que no se puede atribuir una completa neutralidad cultural<sup>56</sup>. Debido a ello el liberalismo en cualquiera de sus variantes permite la imposición de la cultura occidental por sobre las otras, basado en la supuesta superioridad que ella tiene.

“Esto nos lleva a la cuestión del multiculturalismo tal como hoy se le debate, que tiene mucho que ver con la imposición de algunas culturas sobre otras, y con la supuesta superioridad que posibilita esta imposición. Se cree que, a este respecto, las sociedades liberales de Occidente tienen una gran carga de culpabilidad debido a su pasado colonial y en parte a la marginación de los sectores de su población que proceden de otras culturas. Y en este contexto, la respuesta “así es como hacemos aquí las cosas” puede parecer burda y brutal”<sup>57</sup>.

Mientras la política de la dignidad universal luchaba por unas formas de no discriminación que eran enteramente “ciegas” a los modos en que difieren los ciudadanos, la política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de estas distinciones la base del tratamiento diferencial.

---

<sup>56</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob. cit., p. 102.

<sup>57</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob. cit., p. 103.

Para Taylor, se trata de que reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no sólo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor. Aquí radica la diferencia fundamental entre la política del reconocimiento que plantea Taylor desde el comunitarismo, al resto de las políticas del liberalismo.

Taylor, aclara que su diferencia es éste punto con las teorías nihilistas que él denomina neonietzscheanas, señalado que: “Los partidarios de las teorías neonietzscheanas abrigan la esperanza de escapar de toda esta maraña de hipocresía reduciendo todo el asunto a una cuestión de poder y contrapoder. Entonces, ya no se trata de respeto, sino de tomar partido, de solidaridad. Sin embargo, esto no resulta una solución, muy satisfactoria, porque al tomar partido pierden la fuerza impulsora de este tipo de política, que es precisamente la búsqueda del reconocimiento y del respeto”<sup>58</sup>.

Otro grave problema de la política del liberalismo igualitario que plantea Kymlicka, radica en el hecho de que los juicios de valor favorables se realizan desde una óptica eurocentrista, hegemoneizante, pues implica que ya contamos con las normas para establecer dichos juicios. Así los juicios favorables, son condescendientes, donde se elogia al “otro”, por ser como “nosotros”. Esto trae consecuencias complejas en el pluralismo jurídico y en su “armonización” con el sistema jurídico nacional.

En el plano práctico, durante la segunda fase del debate, la “presunción ha consistido en que los abogados de las minorías deben demostrar la existencia de sólidas razones para que el Estado se aparte de la norma de la neutralidad etnocultural”<sup>59</sup>.

### **1.2.3. Tercera Fase: Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional.**

La tercera fase, sería la etapa actual del debate. En la fase anterior, se generó una suerte de consenso dentro del liberalismo en el “culturalismo liberal o liberalismo

---

<sup>58</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob. cit., p. 113.

<sup>59</sup> KYMLICKA, Will. La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona, Paidós, 2003, p. 38-39.

igualitario”, avanzando en la resolución de aspectos concretos de “inclusión” y reconocimiento a ciertos “derechos de las minorías”.

Desde el comunitarismo, la postura sigue en la crítica general al liberalismo, sin dar mayores conceptualizaciones prácticas de las posturas del mismo. Ello es entendible, ya que la crítica del comunitarismo es estructural y busca que los derechos de las minorías sean entendidos fuera del liberalismo, como un quiebre con dicha visión de la sociedad.

Volviendo al liberalismo, para Kymlicka, en esta etapa se supera la idea de neutralidad cultural del Estado y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior. Con un matiz, Jürgen Habermas plantea que la neutralidad se mantiene, pero no cimentado en un consenso sustantivo sobre valores, sino que a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder<sup>60</sup>.

Will Kymlicka para argumentar sobre lo inexacto que es la supuesta neutralidad cultural del Estado, utiliza el ejemplo del idioma utilizado por Charles Taylor<sup>61</sup> de que la construcción de la idea de nación es realizada por la cultura mayoritaria, afectando gravemente a las minorías nacionales. Dicho ejemplo lo usa, para analizar la supuesta neutralidad del Estado en cuanto a las minorías nacionales y a los inmigrantes. Si todas las instituciones públicas operan en una lengua o idioma que no le es propio, las minorías étnicas, nacionales e inmigrantes, se ven marginadas respecto de ellas y enfrentadas a ello, según Kymlicka<sup>62</sup>, toman alguna de las siguientes opciones:

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2º ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 155-212.

<sup>61</sup> El argumento dado por Taylor y citado por Kymlicka para ello es: “Si una sociedad moderna tiene una lengua <<oficial>>, en el más amplio sentido del término, es decir, una lengua y una cultura patrocinadas, inculcadas y definidas por el Estado, una lengua y una cultura en la que operan tanto la economía como el Estado, es obviamente una inmensa ventaja para las personas que esa lengua y esa cultura sean las suyas. Los hablantes de otras lenguas se encuentran en distintos grados de desventaja”. Ver TAYLOR, Charles. Nacionalismo y modernidad. En: McKIM, Robert. y McMAHAN, Jeff. La moral del nacionalismo. Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 53-86.

<sup>62</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 43.

1. Aceptar la integración en la cultura mayoritaria, aunque quizás tratando de negociar o renegociar los términos de la integración.
2. Tratar de obtener los tipos de derechos y poderes de autogobierno que se necesitan para mantener su propia cultura societal, se embarcan en la construcción de su propia nación y Estado, en algunos casos.
3. Aceptar una marginación permanente, generando ghettos y exclusión.

Así, ahora la discusión gira en torno a las formas de tutela a las minorías nacionales y los inmigrantes. Se da un salto en el hecho de que la justicia social pueda ser definida en términos de reglas que hagan caso omiso de las diferencias, se acepta que las reglas puedan ser desiguales.

El otro gran avance en el debate, es que la carga de la prueba “ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el status quo no crea injusticias para los grupos minoritarios”<sup>63</sup>.

En el próximo punto revisaré con mayor detalle la idea de culturalismo liberal o liberalismo igualitario planteado por Will Kymlicka. Las críticas del comunitarismo, fueron analizadas en la fase dos, las que durante la fase tres se mantuvieron formuladas en términos muy similares, por lo que me remito a lo ya expresado al respecto.

#### **1.2.4. Liberalismo igualitario o culturalismo liberal.**

En los puntos anteriores revisé el desarrollo que han tenido las ideas sobre el multiculturalismo, recreándolo en el debate que ha existido al respecto entre liberales y comunitarios.

---

<sup>63</sup> CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura. 10(13): 21-80, 2004, p.28.

Durante el debate la posición dominante al interior del liberalismo, exhibió un cambio, se pasó de una negación a la posibilidad de los derechos de las minorías nacionales o grupos etnoculturales, a la incorporación de dichas demandas en el marco teórico del liberalismo.

¿Existe un consenso en el liberalismo, acerca de la protección y la promoción de las culturas de minorías nacionales y grupos étnicos?

Para Kymlicka<sup>64</sup>, pese a que el debate sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías es reciente, se podría detectar un consenso en el seno liberal al respecto, el que sería lo que denomina como: culturalismo liberal o liberalismo igualitario. Éste se “ha convertido en la posición dominante en la bibliografía actual y que la mayoría de los debates se centran en cómo desarrollar y refinar la posición culturalista liberal, más que si debe aceptarse o no”<sup>65</sup>.

El culturalismo liberal se encontraría integrado por dos variantes del liberalismo, a las cuales Kymlicka ha identificado como nacionalismo liberal y multiculturalismo liberal<sup>66</sup>. Señala el autor que el culturalismo liberal sería lo siguiente:

“El culturalismo liberal es la perspectiva que sostiene que los Estados liberal democráticos no sólo deberían hacer respetar el familiar conjunto de habituales derechos políticos y civiles de ciudadanía que amparan todas las democracias liberales; también deben adoptar varios derechos específicos de grupo o políticas dirigidas a reconocer y a acomodar las diferentes identidades y necesidades de los grupos etnoculturales”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., pp. 59-71.

<sup>65</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 63.

<sup>66</sup> Pese al consenso, Kymlicka señala que en la concreción de los derechos diferenciados aparecen diferencias. Así apunta: “no hay consenso sobre el estatus de los grupos no liberales en las democracias liberales (1° etapa); o sobre el vínculo entre cultura y libertad (2° etapa); sobre la relación entre los derechos de las minorías y los procesos de nation-building (3° etapa); o, finalmente, sobre el vínculo entre los derechos de las minorías y la estabilidad (4° etapa)”. Ver: KYMLICKA, Will. El nuevo debate sobre los derechos de las minorías. En: Requejo, Ferrán (Coord). Democracia y pluralismo nacional. Barcelona, Ariel, 2002, p. 45.

<sup>67</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 63.

El culturalismo liberal, sería el paso de un Estado liberal neutro en lo cultural a uno protector de los grupos etnoculturales que viven en su interior, el cual adoptaría derechos específicos para los grupos<sup>68</sup> y políticas de reconocimiento<sup>69</sup>.

Kylmilcka señala, a modo ejemplar, en que consistirían estos derechos diferenciados y políticas de reconocimiento, siendo las siguientes:

“Estas medidas van desde las políticas educativas multiculturales a los derechos lingüísticos, pasando por las garantías de representación política y por la protección constitucional de los tratados con los pueblos indígenas”<sup>70</sup>.

El límite que impondría el culturalismo liberal estaría dado por:

1. La pertenencia a los grupos etnoculturales no debe ser impuesto por el Estado, sino que constituir un aspecto de autoidentidad.
2. Los miembros individuales de los grupos etnoculturales, deben ser libres para cuestionar y rechazar cualquier identidad heredada, teniendo un derecho efectivo y protección para abandonar cualquier grupo de identidad.
3. Los grupos etnoculturales, no deben violar los derechos civiles o políticos básicos de sus miembros.
4. Las adaptaciones multiculturales deben tratar de reducir las desigualdades de poder entre los grupos de la sociedad, no permitiendo que un grupo ejerza dominación por sobre otro.

---

<sup>68</sup> En el punto 1.7. del presente capítulo, analizaré los principales problemas teóricos que tienen los derechos de los grupos. Sin embargo, me interesa resaltar que para Kymlicka, existe un consenso en el culturalismo liberal, de que es posible incorporar tales derechos en el marco de democracias liberales. Ello es importante, ya que autores chilenos como Lucas Sierra, desde la óptica liberal, apuntan que ello no es compatible. Volveré sobre esta posición cuando analice la posibilidad de establecer derechos colectivos a los pueblos indígenas en la Constitución Chilena, en el capítulo segundo. Ver: SIERRA, Lucas. La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo. *Estudios Públicos*. 92: 19-27, 2003.

<sup>69</sup> Junto a los temas analizados, Ferrán Requejo argumenta además que desde el campo de la legitimidad democrática, el creciente pluralismo cultural de las sociedades exige al liberalismo adaptarse a un pluralismo normativo y a un reconocimiento ético de las identidades. Ver: REQUEJO, Ferrán. Legitimidad democrática y pluralismo nacional. *En*: Requejo, Ferrán (Coord). Democracia y pluralismo nacional. Barcelona, Ariel, 2002, pp. 157-175.

<sup>70</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 63.



Para los culturalistas liberales, lo anterior es un aspecto de justicia, que tiene por restricción las anotadas y que Kymlicka resume de la siguiente forma: “(...) los culturalistas liberales apoyan las políticas que hacen posible que los miembros de los grupos étnicos y nacionales expresen y promuevan su cultura y su identidad, pero rechazan cualquier política que imponga a la gente la obligación de abrazarlas”<sup>71</sup>.

### **1.3. Políticas concretas que ha dejado el debate multicultural.**

El debate sobre el fenómeno multicultural en la filosofía política ha sido la base para la formulación de una variada gama de políticas, las que se pueden agrupar en generales y específicas.

Entiendo por generales, aquellas que buscan enfrentar las fuentes del multiculturalismo, desde una postura general, sin mayores matices al respecto. Estarían dentro de éste punto, las políticas de reconocimiento y la idea de interculturalidad.

Las políticas específicas, son aquellas que abordan el multiculturalismo, haciendo distinción de las fuentes del mismo y que buscan la integración con límites axiológicos y normativos claros.

Es importante considerar, que en este plano, se analiza los principios que deben tener las soluciones políticas o normativas que se busquen para el multiculturalismo. Si bien, ellas pueden estar inspiradas o comprometidas con una de las posiciones filosóficas ya revisadas, por lo general, existe una mezcla importante en el terreno práctico. Además todas se han llevado a cabo dentro de Estados democráticos de derecho.

---

<sup>71</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 63.

### **1.3.1. Políticas generales.**

Como políticas generales, podemos distinguir las siguientes: 1. Política del reconocimiento; 2. Interculturalidad; 3. Asimilación.

La principal característica de éstas políticas, es que intentan establecer un principio general, que se utiliza como guía para la elaboración de la regulación específica de las situaciones y fuentes del multiculturalismo.

La política del reconocimiento, fue planteada por Charles Taylor y ya expuesta en sus principales aspectos en el presente capítulo, por lo que me remito a lo ya señalado al respecto. Desde un punto de vista práctico, Taylor da muy pocas luces de su aplicación, por lo que la política del reconocimiento, es utilizada mas en el plano discursivo, que en el concreto.

La interculturalidad<sup>72</sup>, parte de una crítica común al comunitarismo y al liberalismo, señalando que ambos tienden a eliminar la diversidad cultural y a obtener la homogeneidad y la uniformidad cultural. La interculturalidad, busca en síntesis, que el encuentro de las culturas que supone la sociedad multicultural, se defina por una relación simétrica, donde la visión del otro sea realizada con respeto, tolerancia y sin establecer superioridades axiológicas. En la interculturalidad, hay dos aspectos importantes desde el punto de vista jurídico. El primero que se ha denominado como constitucionalismo del derecho consuetudinario y el segundo como “pluralismo jurídico”.

James Tully, plantea que el constitucionalismo del derecho consuetudinario se opone al constitucionalismo moderno y se entronca con una perspectiva de derecho consuetudinario que encuentra su origen en el dialogo intercultural que se sostuvo entre los pueblos indígenas y los representantes de la Europa imperial<sup>73</sup>. En ese

---

<sup>72</sup> Uno de los principales exponentes de la “interculturalidad” es James Tully, quién fue el primero en plantear la idea del Constitucionalismo del derecho consuetudinario. Ver: TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*. Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp.117-157.

<sup>73</sup> Sobre los parlamentos realizados en Chile y su implicancia en el derecho, ver: CLAVERO, Bartolomé. *Reconocimiento de Estados (no indígenas) por Pueblos (indígenas): Chile y Mapu,*

“diálogo”, Tully ve acuerdos de mutuo reconocimiento, consentimiento y continuidad. Ellos serían los principales elementos normativos del constitucionalismo de derecho consuetudinario<sup>74</sup>, los que serían aplicables tanto a las comunidades culturales, como a las personas.

El pluralismo jurídico, como creación doctrinaria emerge en América Latina en la última década del siglo XX, como una forma diferenciada de justicia para los pueblos indígenas, el que convive con el sistema jurídico estatal. “El pluralismo jurídico no es otra cosa que la coexistencia de concepciones y formas jurídicas que son el resultado de visiones particulares y diferentes del mundo y de la organización social (...) El pluralismo jurídico constituye una posibilidad de comprender la complejidad de las prácticas e instituciones jurídicas derivada de la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en una misma unidad política, mismo ámbito de tiempo y de espacio; alude a la convivencia, junto al derecho estatal, de otros sistemas de regulación social y de resolución de conflictos que operan en la practica”<sup>75</sup>.

En un plano absolutamente opuesto, la asimilación, es aquel proceso por el que los diferentes grupos étnicos y culturales son absorbidos con la intención de hacerlos iguales al resto de la sociedad que se supone que es homogénea. Esta postura parte del supuesto de que la cultura receptora y dominante es superior a las demás y, por lo tanto, es la única que debe sobrevivir en la confrontación.

---

Caso y Categoría. En: Giraudo, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.107-128.

<sup>74</sup> El planteamiento del constitucionalismo de derecho consuetudinario, ha sido objeto de críticas tanto por los exponentes del liberalismo como del comunitarismo. La principal objeción que se hace a Tully, es que los criterios normativos que propone se apliquen tanto a comunidades culturales como a personas, siendo en éste punto similar a la teoría de Kymlicka, sobre restricciones internas y externas. El principal aporte de Tully, a mi juicio, es el de visibilizar la homogenización que produce el discurso oficial en el ámbito multicultural, así su contribución es mas de carácter descriptivo que normativo. Dicho debate puede ser apreciado en: BONILLA, Daniel. La Constitución multicultural. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, pp. 89-92. La propuesta de Tully sobre el constitucionalismo de derecho consuetudinario, entroncaría en varios de sus aspectos con lo que James Anaya denomina como “nuevo derecho consuetudinario internacional”. Al respecto ver: ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Madrid, Trotta, 2005, pp. 102-132.

<sup>75</sup> CASTRO, Milka. y VERGARA, Juan (Eds.). Jurisprudencia Indígena. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2009, pp. 28-29.

El asimilacionismo, implica la idea de que el Estado debe ser un Estado-nación, por ende la realidad multicultural se debe resolver mediante la igualación del otro(s) al grupo cultural (nación) dominante. Este ha sido el camino de varias democracias occidentales para el tratamiento de su realidad multicultural, en la actualidad por ejemplo: Francia.

Si bien la gran mayoría de los Estados moderno, se construyeron sobre la base del Estado-nación, durante el siglo XX y por las presiones multiculturales, se ha cuestionado la idea mono nacional y se han adoptado políticas integradoras y de reconocimiento en algunos casos, indistintamente.

### **1.3.2. Políticas específicas.**

Las políticas específicas, si bien pueden enmarcarse dentro de una política general, tienen la particularidad de que han sido diseñadas especialmente para distinguir un tratamiento particular a las distintas fuentes de la multiculturalidad. No buscan tratar el fenómeno multicultural de la misma forma. Para el caso de los grupos étnoculturales, minorías nacionales o inmigrantes, se proponen distintas soluciones.

Así lo que se busca es acomodar el Estado liberal democrático al fenómeno multicultural, planteando medidas específicas en función de la pertenencia grupal, existiendo al menos tres formas de derechos particulares: 1. Derechos de autogobierno; 2. derechos poliétnicos; 3. derechos especiales de representación<sup>76</sup>.

Los derechos de autogobierno, están pensados para los Estados multinacionales, dentro del cual las naciones que lo componen pueden demandar: a. Secesión; b. Autogobierno; c. Autonomía política o jurisdiccional territorial.

La respuesta más clásica al fenómeno de Estados multinacionales, ha sido el federalismo, siendo posible éste en su versión constitutiva y cuando las naciones tienen un territorio claro y determinado.

---

<sup>76</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 47.

Por derechos poliétnicos, se entiende a las reivindicaciones de los inmigrantes, con el objetivo de que estos en el país de acogida no abandonen todos los aspectos de su herencia étnica o nacional.

Las reivindicaciones mas controvertidas en el plano de los derechos poliétnicos, son las relacionadas con la exención de leyes y disposiciones que les perjudican, según sus prácticas religiosas<sup>77</sup>. Ejemplos de ello, hay varios, quizás el más actual y conocido es: el uso del velo árabe por niñas en las escuelas públicas de Europa, en particular el caso de Francia y España.

Finalmente, los derechos especiales de representación buscan que el proceso político de representación integre a las minorías nacionales, grupos etnoculturales y otros grupos sociales que se consideren en desventaja. Ello porque se entiende que el congreso o parlamento, se encuentra dominado por hombres del grupo cultural dominante, que suelen ser blancos, de clase alta y que no padecen de ninguna discapacidad.

En los próximos puntos analizaré tanto las políticas generales como las específicas del multiculturalismo, para con sus dos fuentes, esto es, la inmigración, pueblos indígenas y minorías nacionales.

#### **1.4. Derechos de los inmigrantes en el marco del multiculturalismo.**

En el presente capítulo, específicamente en el punto 1.1, señalé que una de las fuentes del Estado multicultural es la inmigración, la que es definida en su sentido literal, de la siguiente forma: "Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas"<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 53.

<sup>78</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, Espasa-calpe, 22 ed., 2001.

El concepto literal de inmigrar, coincide por el utilizado por Will Kymlicka, el que define al inmigrante como: “(...) aquellas personas que llegan en el período de vigencia de una política de inmigración que les da derecho a convertirse en ciudadanos tras un periodo de tiempo relativamente corto –digamos que comprendido entre los tres y los cinco años-, un derecho sujeto únicamente a unas condiciones mínimas (por ejemplo, al aprendizaje de la lengua oficial y al conocimiento de algunas nociones de la historia y las instituciones políticas del país)”<sup>79</sup>.

Tanto en la definición literal de la palabra, como en la de Kymlicka, el elemento característico del inmigrante es su decisión de establecimiento, su voluntad va asociada al derecho o a la expectativa de convertirse en ciudadano del país al que se llega.

Para Kymlicka, el concepto de inmigrante y sobre el cual se debe trabajar normativamente, es aquel que llega a un país con la voluntad de transformarse en ciudadano y de forma legal<sup>80</sup>.

Es importante, hacer el alcance que apunta Kymilcka, sobre la inconsistencia que presenta el liberalismo en su teoría general, en cuanto a las diferencias de trato para ciudadanos nacionales de un país e inmigrantes, ya que de ella y con el objeto de corregirla, los liberales igualitarios exponen la primera política y central en éste punto. Dichas diferencias no deberían existir, sobre todo, si se parte de la base de la igual dignidad y valor moral de todas las personas<sup>81</sup>.

Sin embargo, la teoría liberal: “(...) hay una sutil pero profunda inversión en la terminología. Generalmente, lo que comienza como una teoría sobre la igualdad moral de las *personas*, termina siendo una teoría de la igualdad moral de los *ciudadanos*. Los

---

<sup>79</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 183.

<sup>80</sup> En ese sentido Kymlicka señala: “No examino el caso de los inmigrantes ilegales o de los trabajadores invitados u otros inmigrantes cuya admisión no va asociada al derecho o a la expectativa de convertirse en ciudadanos. Michael Walzer llama a estos grupos <<metecos>>, el término utilizado en la Antigua Grecia para referirse a las personas que residían permanentemente en Atenas pero a los que se negaba la ciudadanía”. KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., p. 187.

<sup>81</sup> En un sentido similar, pero colocando el énfasis en el carácter universal de los derechos humanos, ver: GARCÍA, Juan. ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales? Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 3: 9-28, 2003.

derechos básicos que el liberalismo confiere a los individuos resultan finalmente estar reservados sólo para algunos individuos, principalmente a quienes son ciudadanos del Estado. Únicamente los ciudadanos tienen el derecho a circular libremente dentro de un país, o a ganarse la vida, o a participar en el autogobierno colectivo”<sup>82</sup>.

Así, una primera política fundamental para los liberales igualitarios, es que el Estado receptor de inmigración otorgue la ciudadanía plena a todas aquellas personas que hayan residido por un tiempo importante y tengan la voluntad de permanecer en el país. A esta concepción de ciudadanía se le ha denominado de incluyente.

Por tanto, para los liberales igualitarios, no debería existir una categoría de “extranjero residente”, a quienes se les niegue u obstaculice la ciudadanía<sup>83</sup>. Esta es la característica de muchas democracias occidentales como Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, España y los Países Bajos. Lamentablemente, no todos los países se adhieren a la ciudadanía incluyente, por ejemplo Alemania y Austria han rehusado otorgar la ciudadanía a quienes denominan como “trabajadores invitados”, llegando a negarle la misma a sus hijos, nietos, aún hubieren nacido y crecido en su territorio.

Dicho lo anterior, en cuanto a como se han desarrollado las políticas de inmigración, se puede decir que ellas han transitado desde el asimilacionismo (angloconformidad), al reconocimiento de derechos para los inmigrantes, buscando la integración.

---

<sup>82</sup> KYMLICKA, Will. *Fronteras Territoriales*. Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

<sup>83</sup> “Tal como señala Samuel Black, el cambio del lenguaje de las <<personas>> al de los <<ciudadanos>>, aunque ubicuo en toda teoría liberal, rara vez es advertido y menos aún defendido por los liberales. Pero tiene profundas consecuencias en el bienestar de la gente. En un mundo caracterizado por masivas desigualdades globales, la idea de que las libertades y oportunidades que se tienen estén circunscritas al Estado en que se nace significa que algunas personas nacen con un estatus legal que les garantiza seguridad personal, amplias oportunidades y un nivel de vida digno, mientras que otros (sin culpa alguna) nacen con un estatus jurídico que les condena a la pobreza e inseguridad. Como observa Joseph Carens, éste es el equivalente moderno del feudalismo en el que la gente que nace a una orilla del río Grande, nace en lo que actualmente equivaldría a la nobleza, mientras que quienes nacen algunas millas al otro lado del río, nacen en lo que sería el equivalente moderno de la servidumbre”. KYMLICKA, Will. (2006) *Ob.*, cit. p. 37.

El asimilacionismo (Estados europeos) y la angloconformidad (en Estados Unidos, Canadá y Australia), se desarrolló en los primeros hasta la década de 1980<sup>84</sup> y en los segundos hasta la de 1970, en términos generales. En el asimilacionismo y la angloconformidad “(...) se esperaba que los inmigrantes asimilaran las normas culturales existentes y que, con el tiempo, se volvieran indistinguibles de los ciudadanos naturales por su habla, su vestimenta, sus actividades de ocio, su cocina, el tamaño de su familia, etc”<sup>85</sup>. Es decir, los inmigrantes se convirtieran en reales o indistinguibles miembros de la cultura francesa, canadiense o americana.

Al comenzar la década de 1970, Canadá<sup>86</sup>, Estados Unidos y Australia, principalmente por la presión ejercida por los inmigrantes, adoptaron políticas de tolerancia y pluralidad, comenzando a dejar atrás el modelo asimilacionista. De igual forma, pero con mayor lentitud, ello ha ocurrido durante las últimas dos décadas en Europa.

La crítica a las políticas de la asimilación se dio por dos vertientes. La primera en el plano filosófico, debido a que ella negaba la identidad y supone un menosprecio a la cultura de los inmigrantes. Y en un plano más político, se critica la tensión entre asimilación e igualdad. El asimilacionismo da lugar a lo que Alain Touraine denomina “sociedad integrada y desigual”, la cual excluye la diferencia, pero también la igualdad, puesto que favorece a quienes se encuentran más cercanos al modelo social y cultural central<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Debo hacer la salvedad, que en general esto es así, salvo para el caso de Francia, quienes aún ocupan y defienden el asimilacionismo como modelo para la inmigración.

<sup>85</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 187.

<sup>86</sup> “En 1971, Canadá fue el primer país en adoptar oficialmente esta política <<multiculturalista>> a escala nacional. Sin embargo, desde entonces ha sido adoptada en otros muchos más, desde Australia y Nueva Zelanda a Suecia, Gran Bretaña y los Países Bajos. Y pese a que Estados Unidos no tiene una política multicultural oficial a escala federal, es un país que ha adoptado de forma implícita ese enfoque. Es posible hallar políticas multiculturalistas virtualmente en todos los niveles del gobierno estadounidense y en prácticamente todas las instituciones públicas, desde los consejos escolares y los hospitales a la policía y el ejército. Tal como señala Nathan Glazer, <hoy en día todos somos multiculturalistas>.” KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. pp. 187-188.

<sup>87</sup> TOURAINE, Alain. Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia. 2º ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 77-79 y 82.



Así, hoy los Estados democráticos occidentales, cuentan con políticas públicas y soluciones normativas que buscan la integración de culturas, sin que ello implique la ausencia de tensiones y problemas, derivados del fenómeno multicultural.

Para Charles Taylor, la educación juega un papel fundamental en el debido reconocimiento de las personas que son objeto de discriminación por no ser parte de la cultura dominante. Para él: "(...) ampliar y modificar el programa resulta esencial no tanto en nombre de una cultura más general para todos, sino para dar el debido reconocimiento a quienes hasta hoy se han visto excluidos. La premisa fundamental de estas demandas es que el reconocimiento forja la identidad, particularmente en su aplicación fanonista: los grupos dominantes tienden a afirmar su hegemonía inculcando una imagen de inferioridad a los subyugados. Por tanto, la lucha por la libertad y la igualdad debe someterse a la revisión de estas imágenes. Los programas escolares multiculturales pretenden ayudar en este proceso revisionista"<sup>88</sup>.

Dentro de las políticas integradoras, se pueden identificar<sup>89</sup> las siguientes, que agruparé por áreas:

1. Educativas:

- Adopción de programas educativos en integración, multiculturalidad y antirracistas.
- Código de conducta que prevengan y sancionen los actos de acoso educativo por motivos de raza, religión, nacionalidad, sexo, condición sexual, etc.
- Revisión del currículo de historia y lenguaje en el interior de las escuelas públicas, para proporcionar un mayor reconocimiento a las contribuciones históricas y culturales de los grupos de inmigrantes.
- "Proporcionar financiación gubernamental para los festivales culturales étnicos y para los programas de estudios étnicos"<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> TAYLOR, Charles. (2009) Ob. cit., pp. 106-107.

<sup>89</sup> Sigo el listado identificado por Will Kymlicka. Ver: KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. pp. 199-200.

<sup>90</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 200.

- “Proporcionar programas de educación bilingüe a los hijos de los inmigrantes, de modo que sus primeros años de educación se desarrollen en parte en su lengua materna (...)”<sup>91</sup>.

## 2. Representación e institucionales:

- Programas de discriminación positiva que buscan incrementar la representación de los grupos inmigrantes en las principales instituciones educativas y económicas.
- Reserva de un determinado número de escaños en la cámara legislativa, o en órganos consultivos del gobierno, para inmigrantes como grupo.
- “Revisión de los códigos de la vestimenta con el fin de acomodar las creencias religiosas de los grupos de inmigrantes. Por ejemplo, revisión del código de vestimenta militar de forma que los judíos ortodoxos puedan llevar sus gorros o que los sijs se vean exentos del cumplimiento de la ley de obligatoriedad del casco en las motocicletas o de los cascos protectores en los edificios en construcción”<sup>92</sup>.
- “Ordenar la educación en la diversidad cultural de la policía o los profesionales de la salud, con el fin de que puedan reconocer las necesidades individuales y los conflictos en el seno de las familias de inmigrantes”<sup>93</sup>.
- “Adoptar pautas gubernamentales de regulación de los estereotipos étnicos en los medios de comunicación”<sup>94</sup>.
- Proporcionar servicios sociales a los adultos inmigrantes en su lengua o idioma.

## 3. Laborales:

- Revisión de los calendarios laborales, de modo que puedan acomodarse las fiestas religiosas de los inmigrantes. “Por ejemplo, algunos colegios establecen los días inhábiles de desarrollo profesional en fechas que

---

<sup>91</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 200.

<sup>92</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 200.

<sup>93</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 200.

<sup>94</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. p. 200.

coincidan con importantes fiestas judías o musulmanas. Del mismo modo, las tiendas judías y musulmanas están exentas de la legislación que ordena el cierre de los comercios en domingo<sup>95</sup>.

- Adopción de leyes antidiscriminación y contra el acoso laboral, por motivos de raza, religión, sexo, etc.
- Aseguramiento de derechos de asociación y políticos en los sindicatos y centrales sindicales.
- Inexistencia de limitaciones a la contratación de trabajadores extranjeros<sup>96</sup>.

Todas estas medidas, se han adoptado indistintamente por los Estados democráticos occidentales, de los que ya he dado cuenta, durante las últimas dos décadas. Constituyen medidas ejemplares y que buscan la integración de los grupos de inmigrantes al Estado de acogida.

En la clasificación de medidas específicas, vista en el punto anterior, podríamos decir que las políticas sobre inmigración han constituido medidas de tipo: 1. derechos poliétnicos; y 2. derechos especiales de representación. En cuanto a las medidas específicas a los inmigrantes, no se le ha otorgado derechos de autogobierno. Las políticas han intentado la integración de los inmigrantes, con reconocimiento de su herencia cultural, pero dentro del Estado, no se ha pensado en que ellos construyan su

---

<sup>95</sup> KYMLICKA, Will. (2003) Ob., cit. pp. 199-200.

<sup>96</sup> El artículo 19 del Código del Trabajo de Chile, señala que en las empresas de más de 25 personas, al menos el 85% de sus trabajadores deben ser chilenos. Ésta limitación es claramente contraria a una política de reconocimiento multicultural y restringe los derechos del inmigrante sin fundamento, en los derechos humanos, alguno. Además, en éste punto el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de las Naciones Unidas, el año 2011, recomendó a Chile que modificará el artículo en comento, ya que las restricciones al empleo de trabajadores migratorios en situación regular sólo se aplique: a) a los trabajadores migratorios con un permiso de trabajo válido por un período inferior a los cinco años; o b) únicamente a ciertas categorías laborales, funciones, servicios o actividades, cuando sea necesario en interés del Estado parte, de conformidad con el artículo 52 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la que fue ratificada por Chile el año 2005. Ver: COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, NACIONES UNIDAS. Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Chile, 2011, [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/countries/LACRegion/Pages/CLIndex.aspx>> [consulta: 12 de abril 2012].

propio autogobierno al interior del país que los ha acogido. El argumento para ello, es que los inmigrantes han escogido una cultura distinta donde vivir su vida, por ende deciden integrarse a otro gobierno en forma voluntaria, renuncian a su Estado y eligen otro donde vivir. Por ende, el Estado que los acoge debe integrarlos (no asimilarlos) en la forma que he revisado, pero no correspondería reconocerles derechos de autogobierno<sup>97</sup>.

Finalmente, cabe anotar que el encuentro (o colisión) cultural que supone la inmigración en los países receptores han traído múltiples dilemas (problemas) para sus democracias. En Europa, la convivencia con los inmigrantes árabes se ha vuelto muy compleja, dando lugar a varias situaciones de relevancia jurídica que han sido resueltas tanto por sus tribunales nacionales como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así hay jurisprudencia nacional e internacional, sobre la posibilidad de que se use el pañuelo árabe en las aulas de clases<sup>98</sup>, sobre los crucifijos

---

<sup>97</sup> Éste razonamiento y mayores detalles se pueden ver en: KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., pp. 134-144.

<sup>98</sup> Al respecto, ver Sentencia Juzgado Contencioso Administrativo de Madrid, N° 35/2012, el que señala que es conforme a los derechos humanos que un centro educativo público prohíba la utilización del pañuelo árabe a una menor. En sus aspectos fundamentales la sentencia señala: "La prohibición de emplear el velo islámico en el recinto escolar estaba previsto en el artículo 32 del Reglamento de Régimen Interior de 30-10-07, cuando dispone que " en el interior del centro no se permitirá el uso de gorras ni de ninguna prenda que cubra la cabeza precepto que aunque entraña una injerencia en el derecho de libertad religiosa, atendiendo a la doctrina citada, dicha injerencia es admisible cuando sea necesaria en el ámbito de una sociedad democrática para la salvaguarda de sus intereses (seguridad, salud, moralidad) previstos en el art. 9 del Convenio. Por tanto, la decisión del centro de prohibir a la alumna el empleo velo islámico cumple con las exigencias de protección de los derechos humanos y constituye, al mismo tiempo, una medida necesaria para salvaguardar los derechos fundamentales de los demás y del orden público. Por otra parte, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de los demás, indicar que en el año 2004, en Francia se aprobó una Ley por la que se prohibía el empleo de símbolos religiosos establecidos en el ámbito educativo entre los que se incluía el velo islámico, lo que evidencia que es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos pues se orienta a defender la laicidad y libertad religiosa de los distintos miembros de la Comunidad educativa. En cuanto a la protección del orden público, es evidente que la laicidad constituye un valor constitucional que se vincula con la protección de los valores democráticos y de los principios de libertad de religión y de igualdad, reconocidos en el art. 16 CE cuando establece: "ninguna confesión tendrá carácter estatal" orientada a proteger al individuo no sólo contra las injerencias arbitrarias del Estado sino también contra las presiones exteriores, de modo que la libertad de manifestar la religión puede ser restringida con el fin de preservar estos valores. En consecuencia, dado que la laicidad es un principio constitucional cuya defensa es primordial particularmente en los centros públicos, cualquier actitud que no respete este principio, no puede ser admitida como parte de la libertad de manifestar su religión, no beneficiándose de la

en las escuelas públicas<sup>99</sup>, sobre la transfusión sanguínea, entre otros aspectos. La convivencia entre culturas, es un tema que se encuentra en pleno desarrollo, no distinguiéndose cuando se <<está>> o no todavía dentro de la problemática, por lo que tener jueces y operadores del derecho habilitados en los temas que se han desarrollado es fundamental.

### **1.5. Pueblos indígenas y minorías nacionales.**

La segunda fuente del multiculturalismo, dice relación con las minorías nacionales y los pueblos originarios o indígenas. Tanto las minorías nacionales, como los pueblos indígenas son considerados como una comunidad histórica, con estructura interna (relativa institucionalización), que ocupa o ha ocupado un territorio, que comparte un idioma o lengua y una cultura diferenciada. Ello hace que estos grupos puedan ser considerados “naciones”, en un sentido sociológico.

Desde el punto de vista de la teoría del Estado, ello implica la coexistencia dentro del territorio de un Estado de más de una nación, transformándolos en Estados multinacionales o plurinacionales. El origen y su formación en los Estados, ya fue explicado en el punto 1.1. del presente capítulo.

---

protección que garantiza el art 9 del Convenio, en concordancia con el art. 16 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

Por todo ello, y a la vista de la situación existente en otros países europeos y ante la falta de una ley que regule con carácter específico esta materia y dada la autonomía organizativa y normativa que tienen los centros educativos que les confiere el art 120.2 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de Mayo, es legítimo y conforme a derecho que prohíban el uso, en su interior, del velo islámico, de conformidad con la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Dahlab contra Suiza de 15-02-2001) teniendo en cuenta que la alumna y sus padres aceptaron las normas de convivencia ya en septiembre de 2005 y que la Administración debe garantizar el derecho a la educación de quienes se ven afectados por tales normas.

Por todo ello el motivo se desestima”.

<sup>99</sup> Al respecto, ver Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Lautsi y otros con Italia, Gran sala de fecha 18 de marzo de 2011. En la sentencia se señala que el Estado Italiano no vulnera el derecho humano de libertad religiosa y de conciencia, al permitir que en los centros educativos públicos existan crucifijos de la religión católica. Disponible en: [http://www.icam.es/docs/web3/doc/TEDH\\_ASUNTOLAUTSIYOTROSITALIA.pdf](http://www.icam.es/docs/web3/doc/TEDH_ASUNTOLAUTSIYOTROSITALIA.pdf).

Pese a las diferencias<sup>100</sup> entre las minorías nacionales y los pueblos indígenas, ambas buscan derechos que les permitan reflejar y proteger su estatus como comunidades culturales distintas, intentando mantener una supervivencia cultural ante la sociedad culturalmente dominante.

En la generalidad de los casos, sus demandas se centran en el autogobierno, derechos respecto de su idioma o lengua, del uso de su territorio ancestral y explotación de sus recursos naturales, reconocimiento a sus usos y costumbres, establecimiento de sistemas judiciales paralelos (pluralismo jurídico<sup>101</sup>), derechos especiales de representación, sistemas de escolarización especiales y derechos especiales al grupo como tal.

Así en el plano de las políticas específicas (en el lenguaje de Will Kymlicka) al respecto, en éste caso, estaríamos hablando de: 1. Derechos de autogobierno; 2. Derechos especiales de representación; y 3. Derechos poliétnicos.

Por derechos de autogobierno, en el sentido más amplio y radical, se ha planteado la posibilidad de que una minoría nacional pueda ejercer la secesión del Estado al que pertenece.

En un sentido mas restringido, por autogobierno, se ha entendido la autodeterminación de los pueblos. Según la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 1.2 se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, el que se ha circunscrito en su versión de independencia nacional al que tienen las colonias de ultra mar (conocida

---

<sup>100</sup> Se ha planteado la idea de que los Pueblos Indígenas en éste punto no deberían ser tratados iguales que las minorías nacionales, debiendo ser considerados una categoría distinta prevista de derechos especiales. Según James Anaya, esta es la tendencia general en el Derecho Internacional y es lo que él intenta explicar en: ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Madrid, Trotta, 2005, 496p.

<sup>101</sup> Dentro de muchos trabajos realizados sobre el pluralismo jurídico en América Latina, se pueden consultar los siguientes: CABEDO, Vicente. Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina. Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004, 315p. TRUJILLO, Julio. Justicia indígena y pluralismo jurídico. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.265-277. YRIGROYEN, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-568.

como “tesis de agua salada”)<sup>102</sup>. Para James Anaya, el objeto de la autodeterminación en el caso de los pueblos indígenas, es aquel que permite garantizar justos términos de interacción con la sociedad nacional cultural dominante y que ellos puedan asumir las condiciones de la “integración” cultural. Es lo que se denomina la perspectiva interna del derecho a la libre determinación, “teniendo ésta como objetivo último la realización de la democracia”<sup>103</sup>.

Así, el autogobierno en el sentido restringido del término, tanto para las minorías nacionales, como para los pueblos indígenas, reivindica competencias de autogobierno, a las que no renuncian por el hecho de encontrarse dentro de un Estado con una cultura nacional distinta a la suya.

En cuanto a los derechos especiales de representación, lo que se busca en éste punto es que el proceso político sea representativo, en el sentido de que consiga reflejar la diversidad de la población<sup>104</sup>. Para ello, el proceso legislativo, gubernamental y de administración de justicia, deben incluir representantes de las minorías nacionales y pueblos indígenas, reservando espacios en las instituciones para representantes de dichos grupos.

Finalmente, en lo que se refiere a los derechos poliétnicos, en general ellos serán muy similares a los que se establezcan para los inmigrantes y ya revisados en el punto 1.5 del presente capítulo, especialmente aquellos relacionados con la educación. Estos derechos buscan que en el proceso administrativo y educativo que realiza el Estado se encuentre presente la idea que el Estado esta compuesto también por pueblos indígenas y que dicha presencia es un aspecto positivo. Por ejemplo, las administraciones públicas debieran contemplar la posibilidad de que cualquier trámite se pudiera realizar en todas las lenguas e idiomas que conforman al Estado y que por ende sus ciudadanos pueden solicitar que se les reconozca su lengua o idioma para acudir a los servicios que presta el Estado. Un médico que atiende en el servicio

---

<sup>102</sup> Al respecto ver Capítulo VI, punto II: La libre determinación de los pueblos, en: SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. Sistema de Derecho Internacional Público. Navarra, España, Thomson Reuters, 2011, pp. 429-439.

<sup>103</sup> SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. Ob. cit., p. 442.

<sup>104</sup> KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 53.

público en comunidades rurales del sur de Chile, ubicadas en la novena región debiera saber comunicarse con sus pacientes en mapudungun<sup>105</sup>.

Tal como señala Bengoa, “la educación ha sido el instrumento principal para el cambio cultural.” Se cuestiona a la “educación como instrumento de colonización y aboga por una educación intercultural y bilingüe que permita no solo el conocimiento de la cultura occidental sino también la reproducción de su propia cultura”<sup>106</sup>.

¿Qué es una educación intercultural bilingüe? José Bengoa, nos entrega un concepto de ella: “Se entiende por educación intercultural bilingüe, el proceso escolar que asume la interculturalidad de los niños indígenas o de la minoría nacional o grupo minoritario, ubicado en una sociedad mayor y tiene por objeto educativo que ellos se desempeñen adecuadamente tanto en su sociedad local como en la sociedad nacional de la que son parte”<sup>107</sup>.

Como parte del proceso educativo del conjunto de la sociedad, las políticas poliétnicas y que buscan la interculturalidad, debieran abordar la integración de normas para que los medios de comunicación formen parte de éste proceso<sup>108</sup>, sobre todo para los medios que son empresas públicas de comunicación.

Para el caso de la realidad de América Latina y en particular el caso chileno y boliviano, la multiculturalidad esta expresada -junto a la inmigración para el caso chileno- por la presencia de pueblos indígenas, que en muchos casos se han

---

<sup>105</sup> Idioma del pueblo Mapuche.

<sup>106</sup> BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 305.

<sup>107</sup> BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 317.

<sup>108</sup> Comparto la preocupación que señala José Bengoa sobre el papel de los medios de comunicación, para él: “Los medios de comunicación, por otra parte, pueden transformarse en agentes inconscientes, o a veces, conscientes, de racismo y xenofobia y la discriminación de los grupos minoritarios si no poseen una política explícita frente a esta materia. Junto a la globalización de las culturas surge el “temor al extranjero” (Georges DUBY) el surgimiento de nuevos nacionalismos, chauvinismos, fundamentalismos y diversas manifestaciones de intolerancia. Los medios de comunicación modernos, como consecuencia de la celeridad de las comunicaciones, tienen una peligrosa tendencia a la creación de estereotipos, esto es, categorización de las personas pertenecientes a determinadas culturas o minorías mediante elementos fáciles de comprender por el público, superficiales, muchas veces despreciativos, minusvaloradores o peyorativos. Por otra parte, las noticias e informaciones acerca de los movimientos y agrupaciones racistas, no sometidas al análisis y la crítica, muchas veces se transforman en elementos de propaganda de los propios grupos extremistas”. BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 317.



dispersado por todo el territorio nacional. Siendo así la realidad, junto con aplicar las políticas específicas -derechos de autogobierno, derechos especiales de representación y derechos poliétnicos-, tiene más sentido la aplicación de políticas generales al respecto, ya sean las de reconocimiento o de interculturalidad. Debido a ello, me remito a lo expresado sobre ellas en el punto 1.3. Se debe tener en cuenta que dichas políticas generales en el caso de los pueblos indígenas han caminado en paralelo con el reconocimiento de derechos en el plano internacional y la constitucionalización de los mismos. Así en el punto siguiente 1.6 denominado El debate sobre el multiculturalismo en América Latina. ¿Constitucionalización de los Derechos Indígenas?, se abordará el panorama general del Derecho Internacional en cuanto a los pueblos indígenas y la constitucionalización, exponiendo sus principales complejidades.

## **1.6. El debate sobre el multiculturalismo en América Latina. ¿Constitucionalización de los derechos indígenas?**

En América Latina, la principal fuente del multiculturalismo dice relación con la presencia al interior de sus Estado de pueblos indígenas. Así en la discusión normativa del fenómeno multicultural se ha llevado en dos planos: reconocimiento de derechos en el ámbito internacional; y, desde la década de 1990 en la constitucionalización de los derechos indígenas.

Debido a lo anterior, primero abordaré generalmente el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en el plano internacional y luego trataré los principales tópicos sobre los que ha versado la constitucionalización de los derechos indígenas, en América Latina.

### **1.6.1. Reconocimiento de derechos indígenas en el ámbito internacional.**

El primer aspecto a tomar en consideración, es que desde la creación de la ONU, se decidió acomodar la diversidad cultural usando la estrategia de protección de los derechos humanos por la vía individual. La perspectiva liberal, logra su consagración

máxima en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que no se refiere a derechos específicos de sectores determinados de la sociedad, sino que sólo piensa en clave de derechos subjetivos y de carácter individual.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, no menciona a los Pueblos Indígenas (como a muchos otros sectores o grupos “minoritarios de la sociedad), ocurriendo lo mismo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Un primer cambio de enfoque se encuentra en la “Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” del 21 de diciembre de 1965<sup>109</sup>. En dicha convención los pueblos indígenas están subsumidos en el concepto genérico de “minorías étnicas”. No se opta por el reconocimiento expreso del tema indígena, pero si aparece el asunto en la discusión del instrumento como tal.

Luego, en el desarrollo del derecho internacional sobre derechos indígenas o de sus pueblos, tiene como primer instrumento normativo el Convenio N° 169<sup>110</sup>, sobre

---

<sup>109</sup> La convención se hizo pensando en el contexto internacional de discriminación a las personas de raza negra y principalmente al “aparthied” de África del Sur. Por el Estado Plurinacional de Bolivia, fue firmada el 7 de junio de 1966 y ratificada el 22 de septiembre de 1970 y fue suscrita por el Estado Chileno el 3 de octubre de 1966 y ratificada el 20 de octubre de 1971. Sin embargo al momento de su ratificación hizo reserva sobre el artículo 14, siendo ratificado plenamente recién el año 1994. El artículo 14.1 de la convención señala que: “Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado parte que no hubiere hecho tal declaración”. Es decir, se reconoce la competencia del Comité creado en conformidad al artículo 8 de la Convención, el que puede hacer recomendaciones a los Estados, según denuncias presentadas por personas o grupos de personas según los términos del Convenio.

<sup>110</sup> Éste Convenio tiene como antecedente el Convenio N° 107 de la OIT, de 1957, sobre poblaciones indígenas y tribuales en países independientes. “El Convenio 107 se refería por tanto a los individuos indígenas que en muchas partes del mundo salían, y por cierto siguen saliendo, de sus comunidades para ir a trabajar a empresas agrícolas como braceros, trabajadores temporales, que en cada país reciben un nombre particular. Lo general de todos los países son las condiciones de desprotección que generalmente tienen estos trabajadores indígenas. La OIT trató de proteger esas condiciones de trabajo. La evaluación que se comenzó a realizar en la década del ochenta mostraba que ese convenio ya había sido sobrepasado por los hechos y situaciones en que vivían los indígenas. De allí surgió la decisión de revisarlo y de esa revisión que tomó varios años se aprobó finalmente por 328 votos a favor, uno en contra y

Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989<sup>111</sup>. Éste es el primer instrumento internacional que se refiere a los “Pueblos Indígenas”<sup>112</sup> como tal.

El Convenio N° 169 de la OIT, “separó radical y definitivamente el tema indígena de la cuestión de las minorías, en la medida que los indígenas aparecen con derechos colectivos reconocidos en forma explícita, cuestión que no ocurre de la misma manera con las minorías”<sup>113</sup>. Este es, a mi juicio, el principal aspecto del Convenio<sup>114</sup>. Todas las dificultades teóricas de los derechos colectivos o de grupos, se analizarán en el punto 1.7. del presente capítulo.

Junto a lo anterior, el Convenio propone conceptos básicos relativos al respeto, al reconocimiento y a la participación de dichos pueblos en las decisiones estatales que les afecten. El respeto a la cultura, idiomas, la religión, la organización social y económica, y a la identidad propia constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. El respeto como punto central se encuentra tratado a

---

49 abstenciones, el conocido convenio que lleva el número 169”. BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 271.

<sup>111</sup> Convenio ratificado el 11 de diciembre de 1991 por el Estado Plurinacional de Bolivia, y el 15 de septiembre de 2008, por el Estado de Chile, mediante el Decreto N° 236, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

<sup>112</sup> “El Convenio 169 incurrió en una contradicción teórica y política, que fue reconocida solamente por unos pocos miembros observadores durante el período de discusión. Por una parte reconoció el carácter de “pueblos” de los colectivos indígenas, y por otra parte les cercenó su derecho a la libre determinación mediante un inciso agregado al artículo primero que dice: “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 al dicho término en el derecho internacional”. BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 272.

<sup>113</sup> BENGOA, José. (2007) Ob. cit., p. 273.

<sup>114</sup> Un análisis del Convenio N° 169 y su importancia en el marco del reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas y en especial del de autodeterminación en: ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Madrid, Trotta, 2005, pp. 96-102. Sobre una revisión exhaustiva del Convenio en cuanto a sus alcances jurídicos y la importancia del mismo para los pueblos indígenas, ver: GOMÉZ, Magdalena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 133-152. Sobre Chile, ver: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, pp. 65-92. Sobre el Convenio N° 169, y sus implicancias en el sistema normativo chileno, desde una óptica liberal clásica, ver: MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios Públicos. 121: 133-212, 2011.

lo largo del convenio, pero con una especial mención en el artículo 5<sup>115</sup> del Convenio. Respeto y participación, son las premisas centrales del convenio y constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del convenio.

En cuanto a los derechos especiales de representación, que en éste caso, son en una variante de participación, el convenio reconoce, el mecanismo de la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. Éstos derechos se encuentran especialmente reconocidos en el artículo 2<sup>116</sup> y 6<sup>117</sup>.

En cuanto a derechos de autogobierno, el Convenio garantiza el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte 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.

---

<sup>115</sup> “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”.

<sup>116</sup> “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”.

<sup>117</sup> “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”.

Para ello, es fundamental que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Todo esto, reconocido en varios artículos del convenio, pero especialmente en el artículo 7<sup>118</sup>.

Tanto en la Parte I del Convenio, “Políticas Generales”, como en la Parte II, “tierras”, el Convenio reconoce la relación especial que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

Finalmente, en lo que respecta al convenio, los Estados se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se comprometen a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control.

Como último aspecto en éste punto, el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas, emite la Declaración sobre los Pueblos Indígenas<sup>119</sup>, que en su preámbulo, señala: “*Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los

---

<sup>118</sup> “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”.

<sup>119</sup> Es importante mencionar que existe un borrador, ya aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para una declaración de similares características especialmente para el continente Americano.

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”<sup>120</sup>.

En cuanto a la supuesta superioridad de “pueblos”, la declaración señala: “*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”<sup>121</sup>.

La declaración, busca justificar políticas redistributivas, mediante la constatación de injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas, las cuales constata. Así señala que: “*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”<sup>122</sup>.

La declaración en los artículos 3 y 4 reconoce expresamente el derecho a la libre determinación, asociado al autogobierno y la autonomía<sup>123</sup>, para resolver sus asuntos internos, disponer de medios para ello y elegir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En el mismo sentido, en el artículo 5, reconoce el derecho de los pueblos indígenas 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

---

<sup>120</sup> En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Santiago de Chile, Librotecnia, 2010, p. 521.

<sup>121</sup> En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p. 521.

<sup>122</sup> En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p. 521.

<sup>123</sup> En el plano doctrinario, para Rodolfo Stavenhagen, la autonomía debe comprender al menos los siguientes cuatro puntos: la identidad de los sujetos de la autonomía; el ámbito y límites de la misma; las competencias que corresponderían a la entidad autónoma; y, el marco jurídico que normara las relaciones entre entidad autónoma y Estado. Ver: STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 15-26.

la vida política, económica, social y cultural del Estado”<sup>124</sup>. Como se puede apreciar, hay un reconocimiento explícito al autogobierno y al pluralismo jurídico.

Importante resultan el artículo 6 y 9, donde el concepto de “pueblo indígena”, se asocia al de “nación indígena”. La declaración da cuenta de las discusiones teóricas que se venían siguiendo en el seno de los organismos internacionales y que decían relación de que no existían argumentos sólidos para considerar que los “pueblos indígenas” no constituían una “nación” propiamente tal<sup>125</sup>.

En los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, se establece el derecho de los pueblos indígenas a lo que se ha denominado como “supervivencia cultural” y por ende al deber por parte del Estado de la misma. El artículo 13 en su punto primero señala el derecho a la práctica de la cultura y en el punto segundo, el deber del estado a asegurar dicho derecho, es decir el derecho a la “supervivencia cultural”. Para mejor ilustración cito el artículo 13 en comentario:

“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, así como a mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”<sup>126</sup>.

En similares términos al del Convenio N° 169 de la OIT, la declaración reconoce derechos de autogobierno, de representación, de poliétnicidad (especialmente de educación) y en general, se vela por un trato intercultural y de reconocimiento con el Estado que alberga en su seno pueblos indígenas.

---

<sup>124</sup> En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p. 524.

<sup>125</sup> Ver dicha discusión en: BENGOA, José. (2007) Ob. cit., pp. 291-295; KYMLICKA, Will. (2003) Ob. cit., pp. 167-183.

<sup>126</sup> En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p. 526.

Como se ha podido apreciar, el derecho internacionales para los pueblos indígenas, se ha desarrollado ampliamente, tomando decisiones expresas y concretas por reconocer estatus a ellos, establecer y ampliar sus derechos de autogobierno, entender e interpretar el concepto de autodeterminación<sup>127</sup>, preceptuar derechos de participación y de representación, establecer derechos colectivos, y en su versión más avanzada (Declaración de la ONU 2007), incluso establecer el derecho de “supervivencia cultural” de los pueblos indígenas.

Todo el panorama internacional de protección de los derechos indígenas, en el caso americano, se ha puesto en práctica a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>128</sup> (en adelante la Corte) y la función que ha desarrollado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>129</sup>. Así la Corte ha ayudado a la protección de los derechos indígenas, resolviendo múltiples casos al respecto, aplicando sus derechos en forma directa e indirecta. Dentro de los temas que la Corte ha abordado se encuentran: 1. Derechos a la tierra; 2. Derechos culturales; 3. Recursos efectivos.

En los derechos a la tierra, la Corte en el caso Mayagna (sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua<sup>130</sup>, interpretó el derecho de propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la luz de las especiales características del derecho de propiedad a la tierra de los pueblos indígenas. El caso se presenta porque el Estado de Nicaragua no demarcó las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni tomó medidas efectivas que aseguren los derechos de

---

<sup>127</sup> Al determinar el alcance práctico de “autodeterminación”, James Anaya, señala que esta se encuentra compuesta por cinco normas subordinadas y no concretas: no discriminación; integridad cultural; control sobre el territorio y los recursos; bienestar social y desarrollo; y autogobierno. Ver: ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Madrid, Trotta, 2005, 496p.

<sup>128</sup> Ver: NASH, Claudio. Los derechos humanos de los indígenas, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 29-43.

<sup>129</sup> Sobre la función de los organismos americanos de protección de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, ver: RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, LUIS. El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-206.

<sup>130</sup> Sentencia disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).



propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. Otorgando una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

En éste caso la Corte señala que el derecho de propiedad en el derecho indígena se ejerce colectivamente, y que estos tienen una estrecha relación con la tierra de carácter espiritual<sup>131</sup>. Sobre la base de estas y otras consideraciones, condena al Estado de Nicaragua por no haber tomado las medidas efectivas que permitieran garantizar el derecho de propiedad de la comunidad indígena.

De igual forma, la Corte se ha pronunciado en algunos aspectos de los derechos culturales de los pueblos indígenas<sup>132</sup>. Así, utilizando criterios relacionados sobre aspectos de la cultura de los pueblos indígenas para resolver casos en que se vulneran derechos humanos individuales. Dentro de ellos, ha utilizado criterios diferenciados en temas de reparación, llamando la atención al ocupado para resolver el caso Aloebotoe contra Surinam. Tal como apunta Nash:

---

<sup>131</sup> En la Sentencia la Corte señala que: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. 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”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mayagna (sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua. Sentencia 31 de agosto de 2001, párr. 149. Interesante resulta el voto razonado presentado por los jueces, Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, el que señala lo siguiente: “Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro”.

<sup>132</sup> Claudio Nash, hace la prevención, señalando que hasta el año 2004, la Corte no se ha pronunciado sobre los derechos culturales de los indígenas como tales, sino que ha tenido en consideración para resolver asuntos concretos los aspectos relacionados con materias de la cultura de los pueblos indígenas. Ver: NASH, Claudio. Ob. cit., p. 37.

“La Corte, previo al reconocimiento de responsabilidad por parte de Surinam, procedió a determinar las indemnizaciones conforme al artículo 63.1 de la CADH. Al momento de determinar a los titulares de las indemnizaciones se encontró con particularidades culturales propias de esta comunidad; en efecto, la Corte siguió el criterio que los titulares de las indemnizaciones debían ser, entre otros, los hijos, el cónyuge, y los ascendientes de las víctimas, todos determinados de acuerdo al derecho local. Así se encontró con que los potenciales herederos de las víctimas pertenecían a una comunidad indígena que se regía en sus relaciones familiares por sus costumbres y no por la normativa de Surinam. Ante la disyuntiva de que derecho aplicar, la Corte optó por seguir, el derecho consuetudinario de la comunidad, fundado en que éste era el derecho eficaz en la región”<sup>133</sup>.

Por último, en los recursos efectivos, la Corte ha tratado el tema de que los ordenamientos reconocen derechos a los pueblos indígenas, pero no los mecanismos para que estos puedan hacerlos efectivos. Esta es una cuestión central en la garantía y protección real de los derechos de los pueblos indígenas. De esta forma la Corte en el caso caso Mayagna (sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua, señaló su criterio al respecto, expresando que:

“La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> NASH, Claudio. Ob. cit., p. 37.

<sup>134</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mayagna (sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua. Sentencia 31 de agosto de 2001, párr. 138. Sentencia disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

## 1.6.2. ¿Constitucionalización de los derechos indígenas?

En América Latina, en las últimas dos décadas el debate en torno al multiculturalismo, ha tenido como punto central, si debe incluirse en la constitución o no, un reconocimiento particular a los pueblos indígenas como tales. Es crucial en éste fenómeno la presión ejercida por los movimientos indígenas, que tuvo su expresión mas visible y fuerte en el levantamiento del Ejercito Zapatista de Liberación Nacional, en Chiapas, México, el año 1994<sup>135</sup>.

El valor que tiene el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de un país, es un consenso tanto para quienes propugnan ideales liberales, como para comunitaristas. Por ello, me interesa identificar los principales “problemas” normativos que se han producido en torno al reconocimiento constitucional del multiculturalismo de fuente indígena, tomando en consideración que la mayoría de los países del continente durante los últimos 20 años han reconocido constitucionalmente la diversidad cultural<sup>136</sup>. En ese sentido, seguiré en cuanto al fondo lo señalado por Miguel

---

<sup>135</sup> Sobre la Rebelión de Chiapas y el derecho, ver: MELGAR, Adalid, RUIZ, José, SOBERANES, José. La rebelión en Chiapas y el derecho. México, Universidad Autónoma de México, 1994, 267p.

<sup>136</sup> Con sus diferencias, los países de América mayoritariamente han reconocido constitucionalmente su diversidad cultural. En el trabajo de Gonzalo Aguilar, Sandra Lafosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward, se plantea que las Constituciones Americanas han seguido modelos para ello, teniendo constituciones políticas que reconocen todos o algunos de los siguientes puntos: i. A los pueblos indígenas como tales; ii. La diversidad cultural; iii. La libre determinación de los pueblos; iv. Derechos de participación política; v. Derechos de tierras, territorios y recursos naturales; vi. Lenguas indígenas; vii. Educación intercultural bilingüe; viii. Derecho Consuetudinario Indígena. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, Colombia (1991), Ecuador (2008), México (2001) y Nicaragua (1986), las mas avanzadas en la materia, ya que ellas reconocen todos los puntos recién señalados. Así, además en las Constituciones de Argentina (1994), Brasil (1988), Costa Rica (1999), El Salvador (1992), Guatemala (1992), Honduras (1982), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999), se reconoce constitucionalmente –con sus diferencias- la diversidad cultural, integrando uno o mas de los puntos precitados. Al respecto ver: AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. Pace International Law Review Online Companion. 2(2): 44-104, 2010. Sobre el desarrollo constitucional de los países de América Latina en materia indígena, durante los siglos XIX y XX, ver: CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 313-338.

Carbonell<sup>137</sup>, haciendo algunas variaciones de orden y de enfoque. Para ello, Carbonell ha planteado: 1. Identificación del sujeto; 2. La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas; 3. Armonización entre derecho indígena y derecho nacional.

A estos puntos, agrego un aspecto que considero fundamental, y dice relación con el reconocimiento constitucional de la opción de vida –y desarrollo- que tengan los pueblos indígenas, y las colisiones que ello pueda originar con el modelo económico consagrado en la Constitución. Ello se abordará dentro de la tensión identificada con el número 2 del párrafo anterior, por cuanto ésta se produce en el ámbito institucional.

El primer aspecto que se analiza en el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, dice relación, con las supuestas complejidades para identificar el sujeto y el objeto sobre el cual se asignarán derechos y obligaciones. Las preguntas que surgen son: ¿Cómo determinar al sujeto protegido o pueblo indígena? ¿Cuál es el bien cultural protegido? ¿Qué es una cultura?

Las preguntas giran en torno a lo mismo: ¿cómo identificar una cultura indígena dentro de una sociedad mayoritariamente mestiza? Tal como anota Carbonell, muchas de estas preguntas surgen al inicio del debate sobre la constitucionalización de los derechos indígenas, con la intención de cerrar el debate<sup>138</sup>, buscando como excusa la imposibilidad de determinación del sujeto. En el punto siguiente, analizaré con mayor detención esta objeción, cuando se revise éste aspecto como una de las dificultades de los derechos de los grupos. Sin embargo, comparto lo señalado por Carbonell, en el sentido que el Convenio 169 de la OIT, sirve como punto de partida para la identificación clara del sujeto. En su artículo 1<sup>139</sup>, el convenio da una definición del

---

<sup>137</sup> CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura. 10(13): 21-80, 2004.

<sup>138</sup> “Se trata de preguntas válidas, pero a veces tenían mas la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina”. CARBONELL, Miguel. (2004) Ob. cit., p. 47.

<sup>139</sup> En el punto primero del artículo, para atribuir la condición de “pueblo indígena” se toma en consideración aspectos geográficos, históricos, culturales y sociales. Luego ello se integra con el punto segundo, que da valor a la “autoidentificación”.

“Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros

sujeto, que se ha aplicado en la gran mayoría de los países de la América Latina, con operatividad práctica y no sólo teórica.

Como segundo aspecto complejo, se ha señalado la tensión existente entre individuo y comunidad en el derecho indígena. A mi juicio, éste es el aspecto más importante y complicado para la teoría del derecho constitucional. Las primeras legislaciones indígenas, buscaron resolver esta tensión clara, atribuyendo derecho al indígena<sup>140</sup> y no a su “pueblo” como comunidad. Sin embargo, el Estado unitario liberal no da las respuestas adecuadas a “pueblos” que tienen una concepción del mundo basada en lo “colectivo” más que lo “individual”.

Para que la teoría del derecho pueda abordar seriamente esta cuestión, se deben analizar si los derechos de los grupos son compatibles o no dentro de un Estado democrático de derecho. Ello se analizará en el punto 1.7 del presente capítulo.

En tercer lugar, en cuanto a la armonización del derecho indígena con el nacional, el tema que se plantea aquí, es si el Estado reconoce o no el pluralismo jurídico. Carbonell anota que en la mayoría de los Estados de América Latina, la aspiración del pluralismo jurídico por parte de los pueblos indígenas ha sido reconocida en mayor o menor medida<sup>141</sup>. Sin embargo ello, no implica que se hubieran resuelto los problemas

---

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.” Convenio N° 169, OIT. En: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p. 409.

<sup>140</sup> Un ejemplo es la Ley Chilena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Dicha norma, en su artículo 1° establece que el sujeto protegido es el “indígena”, no el “pueblo indígena”.

<sup>141</sup> CARBONELL, Miguel. (2004) Ob. cit., p. 53.

de armonización jurídica que trae consigo la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos tan diversos dentro del Estado<sup>142</sup>.

Carbonell apunta que estas tensiones se pueden dar en dos dimensiones: una individual y otra organizativa o institucional. En el plano individual, según Carbonell<sup>143</sup>, los problemas de armonización dicen relación con la tensión que se produce entre los Derechos Humanos y Fundamentales y los “usos y costumbres” de los pueblos indígenas. Un mayor respeto por los derechos humanos, implica menor aceptación de los usos y costumbres; ergo, mayor laxitud con los derechos humanos, implica mayor aplicación de “usos y costumbres”.

Comparto con Carbonell, el punto central del análisis: la tensión es entre derechos humanos y “usos y costumbres”. Sin embargo, creo que la pregunta debe ser en cuanto al entendimiento de los derechos humanos, en un marco multicultural. Que los derechos humanos o fundamentales, sean límite aceptable para la aplicación del pluralismo jurídico, me parece inobjetable, pero el cómo se entienden e interpretan los derechos humanos, considero que es un tema en desarrollo<sup>144</sup>. Ello implica que el

---

<sup>142</sup> Escéptica se muestra en éste punto Marian Ahumada, señalando que la coexistencia de ambos derechos junto con ser compleja, presenta serios problemas de legitimidad democrática. En ese sentido apunta: “Una cuestión básica es la que se refiere a cómo ha de abordarse el examen del Derecho indígena. Por un lado, da la sensación de que sus estudiosos lo presentan como un Derecho que debe ser <<entendido>> y, a partir de ahí, sencillamente aceptado. El Derecho indígena, como derecho tradicional, histórico, compuesto por una amalgama de usos y costumbres, de reglas que aparecen como vestigios de otras épocas, con profusión de elementos de carácter simbólico y ritual, no es ni pretende ser un Derecho sistemático, por lo que estaría fuera de lugar criticar su falta de racionalidad, de plenitud o, eventualmente, de consistencia. Evidentemente esto complica la tarea de valorar este Derecho (midiendo su eficacia, su capacidad como instrumento de pacificación y resolución de conflictos, su <<justicia>>) y plantea inmediatamente algunas cuestiones de legitimidad. En el marco del ordenamiento constitucional de un Estado democrático, resulta difícil justificar un deber de obediencia a las normas, con independencia de su contenido, derivado del puro hecho de que <<siempre han estado ahí>>”. Ver: AHUMADA, Marian. Derecho Indígena y Constitucionalismo Democrático: una mirada crítica. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 235.

<sup>143</sup> CARBONELL, Miguel. (2004) Ob. cit., p. 54-55.

<sup>144</sup> Hay que tener presente que para llevar un debate serio, no se pueden idealizar posiciones, ni extremar los ejemplos. No comparto, que se señale por ejemplo, que las prácticas de los pueblos indígenas son en su mayoría contrarias a los derechos humanos, justificándose ello con ejemplos puntuales y muy repetidos. De igual forma, tampoco comparto la idealización de los “pueblos indígenas”. El debate debe buscar la integración cultural, no buscar ejemplificar “superioridades culturales”, ya sea de cosmovisión occidental o indígena. En éste sentido, por

centro sea la integración de visiones, en el plano discursivo y por ende en la interpretación del significado de los derechos humanos. Si los derechos humanos se entienden sólo con un prisma occidental, la tensión tiende a volverse irresoluble e irreconciliables. La pregunta que habría que resolver en el plano de la filosofía del derecho, es si: ¿Es posible la multiculturalización de los derechos humanos? Responder a la pregunta, excede a los objetivos del presente trabajo, pero sirve para señalar que es un tema abierto en la discusión filosófica jurídica<sup>145</sup>.

La segunda dimensión en éste punto, es la tensión que se produce en el plano organizativo o institucional. Aquí la problemática surge por el autogobierno indígena y su armonización con las instituciones nacionales, surgiendo problemas en cuanto a las políticas educacionales, de desarrollo, ambientales, e incluso de tipo electoral. Para la gestión de este tipo de complejidades, Carbonell anota un aspecto que debe tenerse

---

ejemplo John Charney, señala: "(...) el multiculturalismo reconoce su existencia, siempre que tenga por objeto la protección de garantías individuales en contra de los abusos de terceros y permitan al individuo desarrollar sus planes de vida. De esta forma, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas o el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual son reconocidos por el multiculturalismo ya que su violación afectaría un bien jurídico que según su concepción ontológica es universal, éste es la autonomía y la libertad. Sin embargo, otros derechos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, no pueden ser de carácter universal ya que cada cultura tiene su propia forma de entenderlos de acuerdo a sus propias prácticas e instituciones sociales". Ver: CHARNEY, John. El debate liberal-comunitarista aplicado a las relaciones entre el Estado chileno y el pueblo mapuche. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002, p. 108.

<sup>145</sup> Sobre la tensión que existe entre los derechos humanos universales y los derechos de los pueblos indígenas, entendidos como un particularismo colectivo concreto, se puede consultar a: ETCHEVERRÍA, Xabier. La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 63-83. El autor, precitado sobre una posible multiculturalización de los derechos humanos, señala: "Lo primero que conviene subrayar es que dado que todo lo humano está contagiado de culturalidad e historicidad particular, también lo estarán las formulaciones de derechos humanos. ¿Cómo lograr que, a la vez, éstas se dirijan a todos los humanos y no lo hagan con contenidos tan marcados culturalmente por una cultura particular que se conviertan en imposición de ésta? Una primera estrategia es la que propone Walzer: distinguir, por un lado, entre unos mínimos derechos-deberes básicos de alcance universal en los que el consenso es fácil y que no se imponen a las diferencias (derecho a no ser despojado de la vida y de la libertad —oposición a la dominación—, respeto a las creaciones culturales y derecho a la comunidad) y derechos-deberes que ya no son el resultado de nuestra común humanidad, sino que tienen carácter local y particular, apoyados en concepciones culturales particulares de los bienes sociales. Los primeros serían universales y los segundos culturales y específicos, sólo válidos para cada cultura en cuestión" (p. 77).

en cuenta (también en el caso de los inmigrantes), y que comparto absolutamente. Señala que:

“Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socio-económica como de la estructura de la valoración cultural. En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socio-económico”.

Tomando en consideración lo anotado por Carbonell, es relevante que las políticas de reconocimiento tomen en cuenta: la interdependencia del reconocimiento-redistribución, en la formulación realizada por Fraser<sup>146</sup>, o el reconocimiento que implica justicia material, según el esquema de Honneth<sup>147</sup>. Ya que si no lo hacen en su formulación, se corre el riesgo, de ser un reconocimiento de tipo “simbólico”. En el Capítulo III, del presente trabajo, se podrá ver la influencia de éste punto en el debate multicultural de la experiencia boliviana.

### **1.7. Derechos de los grupos.**

Como se ha podido observar, el debate sobre los derechos de las minorías nacionales, inmigrantes y pueblos indígenas, se encuentra estrechamente ligado al valor que se le asigne al grupo dentro de la sociedad. Para los comunitaristas, el grupo tiene un valor central en la definición identitaria de la persona, por lo cual, el ordenamiento jurídico debiera procurar la supervivencia de los mismos. “Se trata también de garantizar que seguirá existiendo en el futuro una comunidad de gente que querrá aprovechar esa oportunidad. Las políticas que buscan la supervivencia tratan activamente de crear

---

<sup>146</sup> Ver: FRASER, Nancy. Ob. cit., pp. 71-88.

<sup>147</sup> Ver: HONNETH, Axel. Ob. cit., pp. 89-148.



miembros de la comunidad, por ejemplo, asegurando que las generaciones sucesivas seguirán identificándose como francófonas o como lo que sea”<sup>148</sup>.

En un plano diametralmente opuesto, las democracias liberales, se han cimentado en el individuo, desconfiando de los grupos intermedios y de su función en la sociedad. “El compromiso básico de una democracia liberal es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales. Esto se refleja en los derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo. De hecho, la democracia liberal surgió en parte como reacción contra la forma en que el feudalismo definía los derechos políticos y las oportunidades económicas de los individuos en función del grupo al que pertenecían”<sup>149</sup>.

Así, la realidad multicultural, enfrenta un dilema con consecuencias normativas y prácticas, cuando se habla sobre los derechos de los grupos. En el presente punto, revisaré los derechos de los grupos desde tres planos diferentes<sup>150</sup>: conceptual, normativo y práctico. El esquema a utilizar, permite decantar los argumentos esgrimidos e ir visualizando si es posible (conceptualmente hablando) que los grupos sean titulares de derecho. Si es así: ¿Cuál es la relevancia de otorgar derechos a los grupos? Para terminar en el terreno práctico, determinando los requisitos que debieran cumplir los grupos para ser titulares de derechos y los criterios jurisprudenciales que se han utilizado.

---

<sup>148</sup> TAYLOR, Charles. Valores compartidos y divergentes. En: FOSSAS, Enric. y REQUEJO, Ferran (Eds.). *Asimetría Federal y Estado Plurinacional*. Madrid, Trotta, 1999, p. 59.

<sup>149</sup> KYMLICKA, Will. (1995) *Ob. cit.*, p. 57.

<sup>150</sup> Sigo el esquema propuesto por: RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. El debate sobre los derechos de grupo. En: DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (Eds). *Estado, Justicia y Derechos*. Madrid, Alianza Editorial, 2002. pp. 409-434. En un trabajo similar, Rafael Escudero señala que existen tensiones conceptuales en el liberalismo y el comunitarismo cuando se busca gestionar normativamente la pluralidad cultural. En éste punto identifica cinco grandes tensiones, siendo dos de ellas los derechos de los grupos. La definición del grupo y los derechos colectivos son parte de estas cinco grandes tensiones. Al respecto ver: ESCUDERO, Rafael. *Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo*. En: Giraudo, Laura (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.37-53.

Distinguir los planos desde los cuales se habla del tema y entenderlos como filtros consecutivos<sup>151</sup> nos permite que:

“Al pasar cada filtro, quedará descartado que algunas reclamaciones pueden ser entendidas como derechos de grupo.

En cada uno de esos terrenos el debate tiene un objeto diferente. En el terreno conceptual se discute si, dado el concepto de <<grupo>> y el concepto de <<derecho>> que manejamos, se puede hablar de los grupos como titulares de derechos y, en todo caso, qué concepto de <<grupo>> y de <<derecho>> serían preciso para que pudiéramos hablar de derechos de grupo. En el terreno normativo se discute cuál es la importancia moral de ciertos grupos humanos y si esa importancia o alguna de las circunstancias en que se encuentran esos grupos justifica la asignación de derechos al grupo. En el terreno pragmático se discute cuáles son los requisitos que deben cumplir ciertos grupos para que los derechos que se predicen de ellos puedan ser llevados a la práctica”<sup>152</sup>.

### **1.7.1. Los derechos de los grupos en el plano conceptual.**

Como se anticipaba, en este plano, el primer obstáculo que deben sortear los derechos de los grupos, es si estos pueden considerarse derechos en un sentido subjetivo. Utilizando un concepto de derecho subjetivo funcional, sería posible que los grupos tengan derechos como tal. En ese sentido:

“Hay quién asegura que el concepto de derechos de grupo no presenta ningún problema analítico (Hartney, 1991; Cruz Parceró, 1998; Waldrom, 2001). Parece que a quienes así opinan, no les falta razón. En primer lugar, si manejásemos un concepto de <<derecho subjetivo>> puramente funcional: por ejemplo, si entendiésemos que un derecho es un expediente lingüístico de presentación que sirve de eslabón con que el hablante conecta uno o varios

---

<sup>151</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., pp. 409-434.

<sup>152</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 414.

estados de cosas con una o varias consecuencias normativas (Ross, 1951), entonces estaría abierta la posibilidad de que los grupos pudieran ser titulares de derechos”<sup>153</sup>.

Luego: ¿Tienen los grupos razones para tener derechos? Esta pregunta, en el plano conceptual, admite una respuesta positiva, tanto desde la teoría del interés defendida por Lhering, Bentham, y Raz, como desde la teoría de la voluntad, planteada por Hart<sup>154</sup>.

Así, los derechos de los grupos no tendrían objeciones analíticas<sup>155</sup>, para que se puedan considerar derechos desde un punto subjetivo. Sin embargo, para que consideremos derechos de grupo propiamente tal, se deberán entender aquellos derechos que no puedan ser descompuestos en derechos individuales, ya que si pueden ser descompuestos, no serían derechos de grupo, sino que individuales asignados a grupos de personas<sup>156</sup>. Los derechos de autogobierno y de

---

<sup>153</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 415.

<sup>154</sup> Al respecto consultar: RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. On the admissibility of group rights. Annual Survey of International & Comparative Law. Golden Gate University School of Law, Spring, 2003, pp. 101-110. “On the one hand, we can think of a right from a functionalist perspective. From this point of view, the expression “to have a right” is a linguistic shortcut, a middle link that connects one or several states of affairs with one or several normative consequences. This is perfectly compatible with the possibility of there being group rights.

On the other hand, we can examine the reasons why we consider that someone has a right. The possibility that groups might have rights is also open, since the two main theories in this respect, the choice theory and the interest theory, leave unanswered the question of who qualifies as a right-holder. This is what Makinson, Hartney and Waldron have in mind when they claim that group rights raise no analytic difficulties.

The choice theory, prominently held by H.L.A. Hart, holds that a right is a protected array of choices of enforcing duties that bind other people. In order to find a group right, therefore, the choice theory would need only to find acceptable that some ways for the formation of collective will are valid — i.e., voting or appointing representatives. This seems to be non-controversial.

The interest theory, defended by Joseph Raz and his followers, holds that a right is a protected interest that places duties on other people. In order to find a group right, therefore, the interest theory would need only to admit that some interests are collective interests, both in the sense of belonging to a group and being indivisible”.

<sup>155</sup> Si bien, no es una objeción propiamente analítica, la realizada por Nancy Fraser a los derechos de los grupos, se puede considerar de tipo conceptual. Para ella se debe intentar no constitucionalizar o institucionalizar los derechos de los grupos, porque al ser distinciones de “estatus” pueden resultar muy difíciles de modificar. Al respecto ver: FRASER, Nancy. Ob. cit., p. 79.

<sup>156</sup> Según Luis Rodríguez Abascal, en éste punto coinciden tanto los partidarios de los derechos de los grupos, como sus detractores. Ver: RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 416.

representación, podrían considerarse verdaderos derechos de grupo y que cumplen con todos los requisitos conceptuales para ello.

### **1.7.2. Los derechos de los grupos en el plano normativo.**

En éste plano, se han realizado al menos cinco objeciones, para las pretensiones que aspiran convertirse en derechos de grupo. Sin embargo dichos obstáculos, son salvables, no sólo para los derechos de los grupos, sino que también para otras situaciones jurídicas. A continuación, revisaré someramente cada una de ellas:

Se ha planteado, en primer lugar, que las pretensiones que aspiran en convertirse en derechos de grupo, no cumplen con el supuesto de que el grupo lo podamos considerar un agente moral. Esta crítica esta realizada desde un concepto de individualismo ético, donde el individuo es el único al que podríamos conceder valor moral. Esta objeción es posible salvarla de dos formas. La primera, por el hecho de que “para concebir que algunos grupos podrían ser titulares de derechos sólo sería necesario admitir algún modo válido de forma la voluntad colectiva”<sup>157</sup>. La segunda contra argumentación, dice relación, con que para ser sujeto de derechos morales, no es necesario ser agente moral. “Si para ser titular de derechos exigiésemos ser un agente moral, responsable de sus actos, entonces no sólo los derechos de los grupos quedarían descartados, sino también los derechos de los niños, los derechos de los disminuidos psíquicos, o los derechos de los animales (...)”<sup>158</sup>. Concebir derechos de grupo, puede implicar rechazar que sólo el individuo es agente moral, por ende criticar el individualismo ético. Sin embargo, se puede aceptar el individualismo ético, y afirmar los derechos de los grupos, ya que sólo basta para ello, señalar que para tener derechos legales no es preciso ser agente moral<sup>159</sup>.

Como segunda objeción, se ha planteado, que los derechos de los grupos no son necesarios, normativamente hablando, porque ellos no tienen un valor diferente al de

---

<sup>157</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 418.

<sup>158</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 418.

<sup>159</sup> RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., pp. 418-419.

sus miembros. Esta crítica, se supera desde que se entiende que el grupo tiene un valor moral fundamental en la formación de la identidad del individuo (Taylor y Raz), con lo que tendría un valor en sí mismo. En el mismo sentido, el grupo es el lugar donde el individuo ejerce su autonomía<sup>160</sup>. Finalmente y como tercer contra argumento, no todos los bienes o intereses, es posible reducirlo a la suma de bienes o intereses individuales<sup>161</sup>.

Una tercera crítica a los derechos de los grupos, dice relación con la idea de que otorgar dichos derechos, puede implicar la opresión a los miembros de los grupos. Por lo que sería mas aconsejable garantizar derechos individuales a miembros de grupos oprimidos que al grupo mismo. Esta crítica general, es poco clara al ser analizada según el tipo de derecho de grupo que se trate. Por ejemplo, si hablamos de derechos especiales de representación, no se vislumbra como ello podría implicar la opresión de

---

<sup>160</sup> Amy Gutman, sobre el punto señala los siguientes aspectos para fundamentar el valor de los grupos culturales dentro de la sociedad: “¿Qué bien común importante para la sociedad ofrecen los grupos culturales? Uno de esos bienes es un contexto de elección. Las culturas proporcionan contextos dentro de los cuales los individuos ejercen su libertad y sus oportunidades (...) Más allá de proveer el contexto de elección libre, los grupos culturales también pueden proporcionar a sus integrantes seguridad social, debido a la condición de bien implícito que supone toda cultura. La pertenencia cultural es “una cuestión de pertenencia, no de merecimiento” (...) Otro de los bienes sociales que la identidad cultural puede ayudar a garantizar es el auto respeto, que va más allá de la seguridad (...) El auto respeto, así entendido, es una condición necesaria para que las actividades de la vida de una persona tengan significado. Sin auto respeto, las elecciones (la libertad) de las personas tendrían un valor mucho menor. Con auto respeto, a las personas les importa mucho mas su vida.” GUTMAN, Amy. (2008) Ob. cit., pp. 66-69.

<sup>161</sup> Para Kymlicka, el debate en éste no tiene sentido para lo que él denomina restricciones externas y que serían el fundamento principal de su idea de derechos diferenciados de los grupos. El debate tiene implicancias en cuanto a las restricciones internas, sin embargo, con el criterio que utiliza de que ella sólo son admisibles cuando no limitan derechos fundamentales de sus miembros, el debate también se vuelve estéril. “Este debate sobre la reductibilidad de los intereses comunitarios a los intereses individuales está a la orden del día en la bibliografía sobre los derechos colectivos. Pero es irrelevante para la mayoría de cuestiones relativas a los derechos diferenciados en función del grupo en las democracias liberales. La afirmación de que las comunidades tienen intereses independientemente de sus miembros es relevante para las restricciones internas: puede explicar por qué los miembros de una comunidad están obligados a mantener prácticas culturales. Pero no puede explicar las restricciones externas; es decir, por qué algunos derechos se distribuyen desigualmente entre los grupos, por qué los miembros de un grupo reivindican algo a los miembros de otro grupo. La idea de que los grupos prevalecen ante los individuos, aunque fuese cierta, no puede explicar por sí misma esta asimetría”. KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., p. 75.

los individuos de ese grupo. En éste punto, resulta útil lo planteado por Kymlicka<sup>162</sup>, en cuanto a que, los derechos de los grupos se debieran conceptualizar como una protección externa del mismo, versus el grupo dominante de la sociedad. Ello teniendo presente que las <<restricciones internas>>, esto es, aquellas que limiten derechos fundamentales de parte del grupo a sus individuos, no se toleran como parte de los derechos legítimos del grupo.

En cuarto lugar, se ha señalado que los derechos de los grupos generan problemas muy graves de cooperación social. Ello debido a que al establecer derechos de grupos, los individuos tenderían a asociarse para formar parte de grupos, lo que produciría tensión y fragmentación social. Ello implicaría entender que la sociedad no se encuentra fragmentada y que otorgar derechos de grupo produciría la misma. Sin embargo, quienes argumentan en favor de los derechos de grupo, señalan que la sociedad ya se encuentra fragmentada y que ellos sólo buscan equilibrar las relaciones sociales e intergrupales dentro de las democracias multiculturales.

Finalmente, y como quinto problema, los detractores de los derechos de los grupos, señalan que su consagración es inoficiosa, debido a que los supuestos beneficios que ellos traerían consigo no se encuentran garantizados. Esta crítica de carácter especulativa y general, queda superada, desde el momento en que acepta que el sólo hecho de reconocer derechos de grupo tiene un valor en si mismo.

Como se puede apreciar, reconocer derechos de los grupos, tanto desde un punto de vista conceptual como normativo, es posible, lo que nos lleva a revisar sus posibles problemas prácticos.

---

<sup>162</sup> Ver: KYMLICKA, Will. (1995) Ob. cit., Capítulo 3, "Derechos Individuales y derechos colectivos", pp. 57-76. En ese sentido: "Las protecciones externas implican relaciones intergrupales; esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado". (...) "Cada una de estas tres formas de derechos diferenciados en función del grupo ayuda a reducir la vulnerabilidad de los grupos minoritarios ante las presiones económicas y las decisiones políticas del grueso de la sociedad. Algunas minorías nacionales y étnicas persiguen estos derechos diferenciados exclusivamente por este tipo de protección externa. Lo que tales grupos pretenden es asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones necesarias para su supervivencia, no controlar la medida en que sus propios miembros se adhieren a prácticas poco tradicionales u ortodoxas".

### **1.7.3. Los derechos de los grupos en el plano práctico.**

En éste plano, para poder construir derechos de los grupos, se deben superar una serie de dificultades prácticas, que anotaré a continuación.

1. Dificultades para determinar los límites del grupo, es decir, en algunos casos cuesta determinar sus miembros. En algunos casos el grupo para el que se buscan asignar derechos alberga en su interior otros grupos<sup>163</sup>. La definición del grupo, puede traer problemas de infra inclusión o supra inclusión.
2. Todo grupo cultural, esta compuesto de miembros de otros grupos que los conforman. Por ejemplo los pueblos indígenas, poseen en su interior miembros de grupos de mujeres, discapacitados, minorías sexuales, entre otros. Esta complejidad no la veo como tal, desde el momento, en que se ha especificado el rango de acción del multiculturalismo a los grupos etnoculturales, minorías nacionales e inmigrantes, dicho problema se resuelve. Sin embargo, podría presentar problemas especiales, en los casos de derechos de representación, si se otorgan derechos de representación para los pueblos indígenas y para las mujeres en el congreso. Pienso en el caso de la mujer indígena, que en un supuesto que exista representación especial para ambos grupos, podría producirse una situación de doble representación.
3. Se señala, la dificultad que presenta el dinamismo de los grupos, es decir, que estos se transforman e incluso desaparecen. Creo que ello es correcto para los grupos de interés, en el caso de los grupos culturales (minorías nacionales, indígenas e inmigrantes) presentan una estabilidad bastante importante. En el caso de los pueblos indígenas, la estabilidad es mayor y anterior a la del propio Estado nacional.

---

<sup>163</sup> “Muchos de los grupos para los que se reclaman derechos, albergan otros grupos en su interior identificables con el mismo criterio. Por ejemplo, en Quebec vive no sólo el grupo cultural de los francófonos, sino varios pueblos indígenas (los mohawk, los crre y los iunit) y el grupo de los anglófonos y un sinnúmero de grupos de inmigrantes de culturas muy diversas, y en cada uno de esos grupos hay a su vez subculturas de muy distintos tipos. Situaciones similares se pueden encontrar casi en cualquier grupo cultural, en cualquier rincón del planeta”. RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. (2002) Ob. cit., p. 427.

En el Derecho objetivo podemos encontrar situaciones fácticas en las que se establecen derechos a los grupos culturales como tal<sup>164</sup>. El derecho a la consulta del pueblo indígena<sup>165</sup>, contemplado en el Convenio N° 169 de la OIT, en sus artículos 6, 15, 17 y 27, podríamos considerarlo como un derecho de grupo cultural positivo. En la regulación del derecho a la consulta de un pueblo indígena se establecen los criterios para que éste pueda operar y preceptuando el derecho al grupo cultural como tal y no al individuo del grupo.

En el plano jurisdiccional, en general en el mundo, cuando los grupos han recurrido a los tribunales de justicia para la protección de sus derechos subjetivos, los órganos jurisdiccionales han rechazado sus reclamaciones por supuesta falta de legitimación activa, ya que los ordenamientos jurídicos no los contemplan como titulares de derecho. Sin embargo esto ha ido cambiando, por ejemplo el Tribunal Constitucional Español, el año 1991 acogió un recurso de amparo, presentado por una ciudadana española que defendía el derecho fundamental al honor del pueblo judío por

---

<sup>164</sup> Al respecto ver: BOTERO, Catalina. Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso de Colombia. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.145-183. En dicho trabajo, la autora seis derechos que considera como colectivos y que se encuentran en la Constitución de Colombia, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de dicho país. Ellos serían: i. El derecho a la <<vida>> e <<integridad>> de las comunidades indígenas; ii. Derecho a la autonomía o autodeterminación de los pueblos indígenas; iii. Derecho a la igualdad de los pueblos indígenas; iv. Derechos de representación política de los indígenas; v. Derecho de consulta previa indígena; vi. Derecho de la comunidad a la propiedad colectiva sobre el territorio ancestral.

<sup>165</sup> Ver Sentencia de 23 de junio de 2005.de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso: Caso Yatama Vs. Nicaragua. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas se encuentra vinculado a la protección del derecho a la identidad de los mismos. Se busca que la política pública, el proyecto de inversión u otros, no destruyan la identidad del pueblo indígena. Así: “El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio”. En: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, 2009, [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>> [consulta: 19 marzo 2012].



declaraciones públicas realizadas por un ciudadano de origen Belga<sup>166</sup>. En éste caso, los Tribunales de Justicia Española, habían rechazado en diversas instancias la demanda por falta de legitimación activa, sin embargo el Tribunal Constitucional acoge el recurso de amparo y por ende le da legitimidad activa a un derecho de grupo, en éste caso el “honor”. El Tribunal ocupa el criterio de acoger el interés legítimo del grupo si éste es identificable y quién recurre pertenece al grupo<sup>167</sup>.

De igual forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acogido reclamaciones de grupos indígenas, que actúan en la defensa de sus derechos como grupo. Así la Corte ha fallado en casos de protección del derecho de propiedad de la comunidad indígena como tal<sup>168169</sup>. La Corte señala que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho, en este orden de ideas, a que el Estado les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así preservar su identidad cultural. La Corte señala:

“Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho<sup>170</sup>.

(...) La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a

---

<sup>166</sup> Ver Sentencia nº 214/1991 de Tribunal Constitucional de España, Sala 1ª, 11 de Noviembre de 1991. Disponible en: <http://tc.vlex.es/vid/53-49-lotc-162-atc-sstc-46-15356598>.

<sup>167</sup> Un análisis de éste fallo en el sentido de la titularidad de un grupo cultural en el ejercicio de un derecho, ver: ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. Barcelona, Ariel, 2012, p. 36.

<sup>168</sup> Sin embargo, es discutible si éste es un verdadero derecho de grupo, en la versión de protección de la propiedad comunitaria, que sea imposible dividir entre sus miembros, ya que si es divisible, no se podría considerar como un real derecho de grupo.

<sup>169</sup> Ver los siguientes casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: a. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005; b. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Disponibles en: [http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id\\_Pais=11](http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=11).

<sup>170</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 17 de junio 2005, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 124.

partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”<sup>171</sup>.

Finalmente, en éste punto, reproduzco lo propuesto por Carbonell, para solucionar algunos de los problemas prácticos que he evidenciado. Dichas soluciones me parecen útiles para el contexto latinoamericano, ya que él esta pensando en la principal fuente del multiculturalismo de nuestra realidad, esto es: los pueblos indígenas.

“Desde mi punto de vista, lo que cabría hacer en éste campo, son al menos dos cosas, una de alcance particular y otra de tipo más general: a) Por un lado intentar construir una “representación de grupo”, quizás mediante el establecimiento de uno o varios distritos electorales indígenas, que pudieran escoger representantes ante las cámaras legislativas federales y locales exclusivamente entre sus miembros; y b) por otro lado, habría que mejorar, en general, los mecanismos representativos del Estado; esto se puede lograr si se democratizan internamente los partidos políticos (...)”<sup>172</sup>.

### **1.8. Resumen y principales aspectos tratados en el capítulo.**

El presente capítulo es la base para el análisis normativo que se realizará en los capítulos siguientes. Así he pretendido ir desde lo general, hasta lo más particular y concreto de las discusiones que se han tenido sobre el multiculturalismo.

Se ha podido evidenciar que en el plano de la filosofía política, hay un cierto consenso en la integración de políticas de reconocimiento al plano liberal, las que se han plasmado en lo denominado como liberalismo igualitario.

---

<sup>171</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 17 de junio 2005, caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 135.

<sup>172</sup> CARBONELL, Miguel. Ob. cit., pp. 35-36.

Igualmente existe consenso tanto en liberales como comunitaristas, en cuanto a que las políticas de reconocimiento multicultural, tienen su base en razones de igualdad y justicia<sup>173</sup>. Así la igualdad es importante para cultura, como horizonte de perspectivas dentro del cual se ejerce la libertad, desde un punto de vista liberal. Para la óptica comunitaria, ella permite reconocerse y ser reconocido, algo fundamental para la identidad personal y del grupo.

Asimismo, los liberales igualitarios o culturales, y los comunitaristas, coinciden en que la cultura es un valor políticamente relevante en las democracias y reconocen que un Estado no puede ni ha sido, “culturalmente neutro”. “El Estado estaría violando el principio de igualdad y el principio que lo obliga a tratar con igual consideración y respeto a sus ciudadanos si no reconoce y acomoda adecuadamente a las diferentes culturas a las que pertenecen sus ciudadanos”<sup>174</sup>.

En lo que se refiere a la justicia, también hay acuerdo, en que los derechos diferenciados responden a razones de reparación, ya que ellos serían un medio para corregir las injusticias cometidas por los Estados históricamente en contra de las minorías culturales. Ello ha sido reconocido expresamente en el desarrollo del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas<sup>175</sup>.

Debido a lo anterior, hoy el debate principalmente, se libra en un plano inferior. Éste se desarrolla en las políticas concretas del multiculturalismo y en la recepción en el derecho internacional y constitucional. En América Latina, el debate se centra en la

---

<sup>173</sup> Al respecto, revisar: BONILLA, Daniel. Los derechos de las minorías culturales y las desigualdades de clase. En: Giraudo, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.17-36.

<sup>174</sup> BONILLA, Daniel. (2008) Ob. cit., pp.29-30.

<sup>175</sup> En el preámbulo del Convenio N° 169 de la OIT, en el párrafo sexto hay un reconocimiento expreso del ideal reparador, así se señala: “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”. Mas explícita es la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, al señalar en su preámbulo que: “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”. Disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

aplicación del derecho internacional de los pueblos Indígenas y en la recepción constitucional de los mismos. Sin embargo, para el caso chileno, las experiencias que ha dejado el debate multicultural de fuente de inmigración, pueden resultar importantes, ya que, la inmigración tiende a crecer en Chile.

Finalmente, y para una mejor ilustración y resumen de los aspectos tratados en el presente capítulo, presento el siguiente cuadro.

		Tipos de normatividad legitimadora en democracias plurinacionales		
		NORMATIVIDAD UNIVERSALISTA	NORMATIVIDAD PARTICULARISTA	
		Legitimación basada en valores e intereses vinculados a la "dignidad"	Legitimación basada en valores e intereses vinculados a las <<diferencias>> culturales de colectividades o grupos específicos (comunitarismo y políticas del reconocimiento)	
Vías de aplicación de la Normatividad	IMPARCIAL	Legitimación de <<Derechos Humanos>> de carácter civil, participativo, socio-económico y cultural (dimensiones individuales y colectivas)	Colectividades nacionales o étnicas autogobierno + territorialidad (Estados, colectividades nacionales no estatales)	Grupos sin autogobierno + sin territorialidad. (Poblaciones inmigradas, religiosas, etc.)
	Aplicación uniforme de reglas y criterios a todos los individuos y grupos	Teorías iusnaturalistas, kantianas y utilitaristas	Legitimación de derechos o valores específicos (individuales y colectivos), instituciones y políticas internas a la colectividad	Legitimación de valores e instituciones específicos de grupo
		Liberalismo clásico	Liberalismo igualitario o culturalismo liberal	
	PARCIAL	Legitimación de políticas internas de discriminación positiva (por fuente de la multiculturalidad u otras)		
	Aplicación de reglas y criterios de forma favorable a determinados individuos y grupos	(Políticas de carácter transitorio)	(Políticas de carácter permanente)	

Cuadro N° 1<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> Cuadro realizado por Ferrán Requejo, al que he realizado sólo variaciones en algunos términos para adecuarlo al lenguaje utilizado en el presente trabajo. Cuadro disponible en: REQUEJO, Ferran. La acomodación <<Federal>> de la plurinacionalidad. En: FOSSAS, Enric. y REQUEJO, Ferran (Eds.). Asimetría Federal y Estado Plurinacional. Madrid, Trotta, 1999, pp. 303-344.

En los capítulos siguientes, aplicaré el marco teórico expuesto, para el análisis de la recepción normativa que ha tenido el multiculturalismo en Chile y Bolivia y las principales tensión identificables tanto en un plano de lege lata como de lege ferenda.

## II. RECEPCIÓN NORMATIVA Y PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN CHILE.

“No es utópico pensar que con el reconocimiento del derecho de cada pueblo a asumir lo que le es propio en condiciones de igualdad plena, se posibilite y se enriquezca la construcción de la identidad cultural. Diríamos más: es un requisito para construirla”, me esta diciendo mi hermano Arauco desde su doble exilio”.

Elicura Chihuilaf<sup>177</sup>.

En el presente capítulo, pondré a prueba la tesis principal del trabajo, esta es que: Chile debe reconocerse como un país multicultural y multinacional, ello por razones de justicia, igualdad y de reparación, tanto para con los pueblos indígenas que lo conforman, como para los inmigrantes que se encuentran habitando el territorio de la república.

Para ello, dividiré el capítulo en cinco puntos, transitando desde la exposición del tratamiento que se ha dado a las minorías culturales en la concepción del Estado, la legislación actual con los debates que ha originado, a las posibilidades de reforma al respecto.

Así el primer punto, aborda el tratamiento histórico que han tenido las minorías culturales, entendiendo que dicho aspecto durante los siglos XIX y XX, es principalmente en cuanto a la relación del Estado de Chile con los pueblos indígenas que habitan el territorio. Hago la salvedad, que éste trabajo no es de carácter historiográfico, no busca ofrecer un relato profundo, sino entregar los elementos básicos del contexto histórico, para el respectivo análisis normativo actual. Así, en éste punto el trabajo busca exponer de forma breve y ejemplar la tensión que hay desde la

---

<sup>177</sup> CHIHUAILAF, Elicura. Nuestra lucha es una lucha por ternura. En: CHIHUAILAF, Elicura, MILLAMÁN, Rosamel, DEVALPO, Alain, MASSARDO, Jaime, RUIZ, Carlos. Historia y luchas del pueblo Mapuche. Santiago de Chile, Le Monde diplomatique, 2008, p. 29.

fundación del Estado chileno con el pueblo Mapuche<sup>178</sup> y posteriormente con otros pueblos indígenas. La periodización que utilizaré, no corresponderá a la manera como los propios indígenas percibieron e interpretaron la relación, por lo que valen las críticas al trabajo en ese sentido.

Como segundo aspecto, identificaré la construcción filosófica política que realiza la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en materia de pueblos indígenas. Ello se hará desde un plano descriptivo, no valorativo, basándome tanto en el cuerpo normativo mismo, como en el pensamiento político de sus redactores.

En tercer lugar, analizo los cambios legislativos introducidos durante el período de 1990-2010, en materia de pueblos indígenas, con el objeto de determinar cuales han sido sus alcances y limitaciones, buscando responder las siguientes preguntas: ¿Bajo que prisma filosófico político se han realizado las reformas legislativas? ¿Si las reformas legislativas permiten hablar de un reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile? Éste punto abordará la legislación promulgada, la reforma constitucional del año 2005 y el proceso de ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. El trabajo se centra en una revisión de la legislación, el que no prescinde de la fundamentación ideológica de las políticas que abordan la diversidad cultural, de ahí que se busca analizar el contexto socio histórico y de las ideologías imperantes.

Como cuarto aspecto, revisaré el desarrollo normativo en materia de inmigración. Ello lo haré en cuanto a la historia más reciente<sup>179</sup>, exponiendo la regulación constitucional, la normativa vigente y los Convenios Internacionales aprobados y ratificados por Chile,

---

<sup>178</sup> Hablo de tensión entre el Estado Chileno y el pueblo Mapuche, al que de mala forma se denomina por la prensa como: "conflicto mapuche". Denominar el problema de esa forma, oculta una parte del conflicto y coloca en el centro del lenguaje la falta de respeto que se tiene para con el pueblo Mapuche. Al respecto se puede consultar: KILALEO, Fernando. Del reconocimiento a la autonomía: una posibilidad de superar la racionalidad Wigka. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 331-335.

<sup>179</sup> Sobre los antecedentes históricos de la inmigración en Chile, durante los siglos XIX y XX, ver: CANO, María, SOFFIA, Magdalena, MARTINEZ, Jorge. Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio, 2009. [en línea]. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/37498/lcl3086-P.pdf>> [consulta: 12 abril 2012].

con especial atención a las observaciones realizadas por organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Finalmente, como quinto punto, a la luz del desarrollo normativo expuesto y sus concepciones políticas, reflexionaré sobre las perspectivas del multiculturalismo en Chile.

Hago presente que la revisión de la tesis del presente trabajo y su justificación, se realiza a lo largo del presente capítulo. Con la investigación del presente capítulo, se puede determinar si la tesis planteada pasa la prueba de coherencia y por ende si Chile necesita reconocerse como un país multicultural y multinacional, por razones de justicia, igualdad y de reparación.

### **2.1. Contexto histórico: relación del Estado chileno con los pueblos indígenas, durante el siglo XIX y XX.**

El 18 de enero del año 2001, el Presidente de la República de Chile, don Ricardo Lagos Escobar, mediante Decreto Supremo N° 19 de 2001, creó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (en adelante la Comisión), que tenía por mandato:

1. Le informara acerca de la historia de la relación que ha existido entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile.
2. Sugiriera propuestas y recomendaciones para una nueva política de Estado que permitiera avanzar hacia un nuevo trato entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad chilena, señalando mecanismos institucionales, jurídicos y políticos, para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos indígenas en un sistema democrático, sobre las bases de un consenso social y de reconstrucción de la confianza histórica<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Ver: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, 2008, 684p.



La Comisión, estuvo compuesta por más de una veintena de representantes indígenas y no indígenas, y su presidencia fue encomendada al ex Presidente de Chile don Patricio Aylwin Azocar<sup>181</sup>. Para la disposición del trabajo, la Comisión se organizó en los siguientes grupos de trabajo temáticos: Revisión Histórica, Legislación e Institucionalidad, Desarrollo Económico y Social. Además se establecieron grupos de trabajo territoriales, los que estuvieron integrados por autoridades, dirigentes y expertos, pertenecientes a los respectivos pueblos indígenas: Aymara, Atacameño, Quechua, Colla, Rapa Nui, Mapuche e indígenas urbanos.

Cada grupo de trabajo elaboró sus informes, que sirvieron de base para el informe final de la Comisión, el cual fue entregado al Presidente de la República de Chile, el día 28 de octubre del año 2003. El informe final de la Comisión, consta de cuatro extensos volúmenes, haciendo un examen de la historia de los pueblos indígenas y de su relación con el Estado chileno, y contiene un conjunto de propuestas y recomendaciones para posibilitar un nuevo trato entre el Estado y los pueblos indígenas.

En el plano histórico, la Comisión, señala que los pueblos indígenas son los “primeros pueblos” constituidos en el territorio que hoy ocupa Chile, que su historia es extensa y se remonta a miles de años. “La “invasión europea” de sus territorios ancestrales, junto con constituir un proyecto civilizatorio y religioso (la conquista), se realizó por medio de acciones militares de gran violencia, a las que se sumó la introducción de

---

<sup>181</sup> La composición de la Comisión fue establecida en el artículo tercero del Decreto Supremo N° 19 de 2001, designando a las siguientes personas para ello: Patricio Aylwin Azocar (Presidente de la Comisión), Antonio Alcañal Canquill, José Bengoa Cabello, Sandra Berna Martínez, Juan Claro González, Obispo Sergio Contreras Navia, Enrique Correa Ríos, Armando de Ramón Folch, Alberto Hotus Chávez, Francisco Huenchumilla Jaramillo, Aucan Huilcamán Paillán, Carlos Inquiltupa Tito, Felipe Larraín Bascuñán, José Llanquarín Calfucura, Adolfo Millabur Ñancuil, José Santos Millao Palacios, Sonia Montecino Aguirre, Samuel Palma Manríquez, Carlos Peña González, Ivone Quispe Osorio, Galvarino Raimán Huilcamán, Ricardo Rivadeneira Monreal, Víctor Canuillán Coliñir, José Quidel Lincoleo y Rosamel Millamán Reinao. Como los representantes fueron designados por Decreto Supremo y sin consulta previa a los representantes de los pueblos indígenas, ello ocasiono problemas con los dirigentes del pueblo Mapuche. Así se restaron de participar en ella: Adolfo Millabur Ñancuil, Aucan Huilcamán Paillán y Galvarino Raimán Huilcamán. Sin embargo ellos suscribieron el informe final de la Comisión, pero realizando observaciones al mismo. Ver observaciones en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, Comisionado presidencial para Asuntos Indígenas, 2008, pp. 621-627.

enfermedades frente a las cuales los indígenas carecían de defensas. Afirma que en este orden colonial los indígenas ocuparon casi siempre un lugar de subordinación”<sup>182</sup>.

La Comisión establece que las relaciones entre la corona y el pueblo mapuche estuvieron reguladas por parlamentos, los que consistían en acuerdos que permitieron el establecimiento de relaciones pacíficas entre mapuches e hispanos y que reconocieron a los primeros el territorio al sur del Bío Bío y su autonomía en el. Éste punto es importante, ya que constata el hecho de que existía un Estado mapuche, anterior al Estado chileno, el que tenía un límite territorial claro y que contaba con el reconocimiento de la Corona Española<sup>183</sup>.

No considerando lo anterior, el proceso de conformación del Estado en Chile, realizado durante el siglo XIX, fue guiado por los principios del constitucionalismo inglés, la ilustración francesa y la independencia de los Estados Unidos, basándose en ideales de libertad e igualdad<sup>184</sup>, negando la identidad indígena y por ende buscando ocultarlos o assimilarlos a la idea de “nación chilena”<sup>185</sup>. Para la Comisión la nación chilena: “(...) no es el producto de una evolución natural espontánea, que inspira al desarrollo no deliberado de una comunidad. El desarrollo del Estado Nacional en Chile, en cambio,

---

<sup>182</sup> AYLWIN, José. El informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato y sus desafíos para el gobierno de Lagos, 2003, [en línea]. <[www.centrofeycultura.cl/Mapuches\(nuevotratoJoseAlwin\).doc](http://www.centrofeycultura.cl/Mapuches(nuevotratoJoseAlwin).doc)> [consulta: 12 abril 2012].

<sup>183</sup> Sobre el punto se puede consultar el trabajo de: CLAVERO, Bartolomé. Reconocimiento de Estados (no indígenas) por Pueblos (indígenas): Chile y Mapu, Caso y Categoría. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.107-128. Además sobre el Tratado de Quilín, ver: BENGÓA, José. Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2000, 421p. BENGÓA, José. El tratado de Quilín. Santiago de Chile, Catalonia, 2007, 131p.

<sup>184</sup> Ver: GONZALEZ, José. Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos. Estudios Atacameños. 30: 79-90, 2005.

<sup>185</sup> ¿Existe la nación chilena? Si ella existe, ¿Cuándo se conforma? ¿Es anterior o no al Estado Chileno independiente? Estas son algunas preguntas que ha debatido la historiografía nacional con bastante vehemencia. Para Mario Góngora, la nación chilena fue formada por el Estado desde mediados del siglo XIX. Ver: GONGORA, Mario. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. 9° ed. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2010, 431p. En un sentido similar, ver a: SALAZAR, Gabriel. Construcción de Estado en Chile. 3° ed. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana, 2011, 550p. Otros como Bernadino Bravo Lira, Eyzaguirre, Meza Villalobos, Prieto Sánchez y Vial, opinan que: “(...) la nación antecedió a la Independencia y, por tanto, al Estado independiente”. Ver: BRAVO, Bernardino. La crisis de la idea de Estado en Chile, durante el siglo XX. En: GONGORA, Mario. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. 9° ed. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2010, pp. 383-403.

es el resultado de un proceso guiado por un proyecto político que –en conformidad a los ideales republicanos- tuvo por objeto erigir una comunidad sobre la cual fundar el universalismo de la ciudadanía. Se menospreciaba<sup>186</sup> profundamente la cultura de los pueblos indígenas y se buscaba construir un país de corte occidental, imitando a las sociedades europeas<sup>187</sup>. La “ceguera frente a la diferencia” que subyace a ese tipo de universalismo, se tradujo en la negación de la identidad y de la existencia de los pueblos originarios como entidades sociohistóricas”<sup>188</sup>.

La Comisión arribó a la idea de que la relación histórica del Estado de Chile, para con los pueblos indígenas ha sido, en general, en la búsqueda de que estos se asimilen a la sociedad chilena culturalmente dominante, luego de un análisis particularizado de cada uno de los pueblos indígenas y de una revisión de sus procesos específicos<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Rodolfo Stavenhagen, da cuenta de la forma en que los principales intelectuales y dirigentes del proceso de independencia de América del Sur, veían a los pueblos indígenas. El menosprecio de la cultura indígena era total y se mantuvo a lo largo del Siglo XIX, durante la formación de los Estados independientes. Ver: STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. Ciudad de México, El Colegio de México, 1988, 383p.

<sup>187</sup> Bartolomé Clavero, anota asertivamente, que la primera y última mención que se ha hecho de los pueblos indígenas en las Constituciones de Chile, es la realizada en el artículo 47 de la Constitución de 1822, donde se establece que: “Corresponde al Congreso: 6. Cuidar de la civilización de los indios del territorio”. Dicha obligación autoimpuesta por el Estado, devela el menosprecio a la cultura de los pueblos indígenas. Ver: CLAVERO, Bartolomé. Ob. cit., p. 108. Este menosprecio e intento de asimilación se seguirá teniendo por la clase política chilena y sus legisladores hasta 1970. La reforma agraria marca un hito para los pueblos indígenas, ya que, entre otras cosas, busca devolver tierras mediante el mecanismo de la expropiación a los indígenas. Sin embargo, con la llegada de la Dictadura, ese proceso se detuvo y los pueblos indígenas vivieron el intento mas grave de asimilación, que se ha denominado como el “genocidio étnico” del Decreto Ley Nos 2.568 y 2.570, ambos de 1979. Al respecto ver: AYLWIN, José. Antecedentes Histórico-Legislativos, 1995, [en línea]. <<http://200.10.23.169/trabajados/legislativo.pdf>> [consulta: 23 de abril 2012].

<sup>188</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., p. 531.

<sup>189</sup> Sobre la relación del Estado chileno y los pueblos indígenas de la zona central, ver la Primera Parte, Punto I, La Historia larga de los pueblos indígenas de Chile, Capítulo II, del Informe final de la Comisión, en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., pp. 73-91. Resalta en esta relación el hecho constatado por la Comisión de que: “(...) los indígenas del valle central no fueron incorporados en su calidad de tales a la realidad de la nación que se estaba conformando, sino que, y fundamentalmente a través de la historiografía nacional serán transformados en personajes de un pasado mítico, lejano, y en este sentido adquieren un papel preponderante sólo aquellos que opusieron resistencia a la invasión y luego a la conquista española, mientras que el resto de aquellos fue olvidado y silenciado bajo la sombra de un imaginario mestizo que niega su raíz indígena y la diversidad de aquella”.

Sobre la relación del Estado chileno con los pueblos del norte, ver la Primera Parte, Punto II, Capítulo primero: el Pueblo Aymara; Capítulo segundo: El Pueblo Atacameño; Capítulo tercero:

Con las debidas diferencias en el proceso de asimilación y ocultamiento, la Comisión estableció además que el Estado Chileno, en su proceso de configuración realizó una política expansionista y de usurpación –generalmente por la fuerza- del territorio ocupado por los pueblos indígenas. Así se apropió de sus terrenos y los desterró a espacios territoriales mínimos, de menor valor y todos bajo la soberanía del Estado de Chile, sin considerarlos y por la fuerza, quién en sus comienzos no contemplaba dichos territorios en su conformación.

En ese sentido la Comisión señala:

“Así como la Nación chilena se constituyó sobre la base del intento por asimilar –mediante la fuerza y la letra- a esos pueblos, el territorio nacional se estableció en aquellos espacios sobre los que el Estado no tenía control ni ejercía soberanía. A la época de Constitución del Estado chileno, el Pueblo Mapuche mantenía el control sobre el territorio comprendido entre los ríos Bío Bío, por el norte, y el límite constituido por el cordón de Panguipulli y el río Cruces en San José de la Mariquina, por el sur. Lo propio ocurría con el Pueblo Rapa Nui, cuyo territorio recién fue incorporado a la soberanía del Estado chileno en 1888, y con los pueblos que habitaban la Patagonia y canales australes, como es el caso de los Aónikenk, Selk’man, Kawéskar y Yagán. Los Pueblos Aymará, Atacameño y Quechua se encontraban sometidos a la jurisdicción de las también nacientes repúblicas de Perú y Bolivia. Una clara política expansionista del Estado chileno, permitió la ocupación definitiva de los territorios indígenas: el sometimiento del territorio mapuche a fines del siglo XIX; la anexión de las tierras aymaras, atacameñas y quechuas, como resultado de la Guerra del Pacífico, a través de la cual Chile disputo a Perú y Bolivia los territorios del extremo norte; la incorporación de la Isla de Pascua a la soberanía del Estado

---

El Pueblo Quechua; Capítulo cuarto: Los Collas de la Cordillera de Atacama; Capítulo quinto: Los Diaguitas; del Informe final de la Comisión, en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., pp. 91-258. Sobre la relación del Estado chileno y el Pueblo Rapa Nui, ver la Primera Parte, Punto III, del Informe final de la Comisión, en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., pp. 259-316. Sobre la relación del Estado chileno con el Pueblo Mapuche, ver la Primera Parte, Punto IV, del Informe final de la Comisión, en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., pp. 317-472. Sobre la relación del Estado chileno con los pueblos indígenas del extremo sur, ver la Primera Parte, Punto V, del Informe final de la Comisión, en: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob., cit., pp. 477-525.

Chileno en 1888, y; finalmente, la política de otorgamiento de enormes concesiones que el Estado desarrolló para hacer ocupación definitiva del extremo austral; fueron dando fisonomía definitiva al territorio de Chile, quedando las poblaciones indígenas diversas y numerosas que lo habitaban desde antiguo, bajo la jurisdicción de un Estado a cuya constitución no habían sido invitados sino para formar parte de sus mitos y relatos fundadores”<sup>190</sup>.

En el plano jurídico-legislativo, la relación del Estado de Chile con los pueblos indígenas hasta 1990, se ha dividido en seis etapas<sup>191</sup>: 1. Declaración de igualdad jurídica de los indígenas (1819-1859); 2. Invasión<sup>192</sup> de la Araucanía y expansión territorial; 3. La radicación; 4. División de la comunidad (1927-1970); 5. La reforma agraria (1970-1973); 6. La liquidación de la comunidad (1979-1990). En general, junto con la búsqueda de la asimilación cultural del indígena, todo el proceso de la relación, se ve marcada por la expansión y consolidación territorial del Estado, lo que implicó el despojo de las tierras indígenas a sus comunidades y la reducción de la comunidad a pequeños propietarios indígenas individuales. Así la legislación “indígena” del siglo XIX y XX, principalmente versa sobre aspectos territoriales.

Las etapas mencionadas, se analizarán –principalmente- en relación al pueblo Mapuche, que por su importancia histórica y política, es el centro de la actividad normativa y política de la acción estatal.

La primera fue una etapa de contradicciones<sup>193</sup>, ya que, inspirado en el liberalismo más clásico se intentó proteger de discriminaciones a los indígenas<sup>194</sup>, buscando su

---

<sup>190</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 532.

<sup>191</sup> Sigo en éste punto la división realizada por: AYLWIN, José. Antecedentes Histórico-Legislativos, 1995, [en línea]. <<http://200.10.23.169/trabajados/legislativo.pdf>> [consulta: 23 de abril 2012]. Estudios más detallados, se pueden encontrar en: BOCCARA, Guillaume y SEGUÉL-BOCCARA, Ingrid. Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX). De la asimilación al pluralismo. Revista de Indias. 217 (59): 741-774, 1999. VALENZUELA, Myléne. La política indígena del Estado Chileno y la legislación Mapuche, 2002, [en línea]. <<http://www2.estudiosindigenas.cl/imagenes/instituto.html>> [consulta: 12 de abril 2012];

<sup>192</sup> Utilizo el concepto usado por la Comisión en el Informe final de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Ver: EGAÑA, Rodrigo (ed.). p. 357.

<sup>193</sup> Para José Bengoa, estas contradicciones se expresan en que: “Los criollos independentistas vieron en la “guerra araucana” el antecedente inmediato de la lucha anticolonial: construyeron un discurso que retomaba las viejas banderas de Lautaro y Caupolicán, y que lamentablemente se contraponía a los hechos, ya que los descendientes de los héroes de la Araucanía se

asimilación étnica-jurídica-política, mediante distintos decretos y bandos dictados, principalmente por Bernardo O'Higgins, durante 1818 y 1819, mediante los cuales no debía hacerse diferencia alguna entre chilenos e indios, debían ser denominados todos como "chilenos"<sup>195</sup>. Sin embargo y pese a la obligación impuesta al Congreso Nacional en el artículo 47 de la Constitución de 1822, de civilizar a los "indios", en 1825, siguiendo con las costumbres coloniales, se celebra el Parlamento General en Tapihue, con asistencia masiva de representantes indígenas y del Estado chileno. La práctica de los parlamentos siguió a lo largo del siglo XIX, sin embargo para la política del Estado chileno, no significaron compromisos concretos, mas bien, eran parte de una tradición que perduró más allá de la Colonia. Para el pueblo mapuche, el Parlamento de Tapihue fue un reconocimiento mutuo entre estados, que Chile desprecia y dilapida.

En ésta primera etapa, las normas liberales comienzan a tener implicancias para el pueblo mapuche, a contar de mediados del siglo XIX, con el proceso de penetración o infiltración de chilenos al sur del Bío Bío, el que se producía utilizando como herramienta contratos abusivos de compraventa de tierras entre chilenos y mapuches. Ello -como anota Aylwin- llevó al Estado a la creación de la Provincia de Arauco en 1852 y a dictar una serie de leyes para "el mejor gobierno de las fronteras, la eficaz protección de los indígenas, para promover su pronta civilización i arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos"<sup>196</sup>.

---

alinearon mayoritariamente en el bando realista. Este discurso contradictorio marcará la visión contemporánea de la sociedad chilena respecto a la sociedad mapuche. No podrá explicar – hasta el día de hoy- cómo los descendientes de tan preclaros guerreros fueron objeto de la guerra y el exterminio; en el discurso patriótico se los muestra como partes de la constitución heroica de la nación, y en la práctica cotidiana se los combate como rémora perniciosa del pasado, como expresión viva de la barbarie. La República chilena nace con un extraño traumatismo cultural respecto a su pasado y origen étnico". Ver: BENGGOA, José. Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2000, p. 137.

<sup>194</sup> Mirando el asunto condescendentemente.

<sup>195</sup> Ver: GONZALEZ, José. Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos. Estudios Atacameños. 30: 79-90, 2005.

<sup>196</sup> Ley del 2 de julio de 1852, artículo 3, en: AYLWIN, José. (1995) Ob. cit., p. 2. El autor plantea que éste proceso de igualdad jurídica, se vio interrumpido por la legislación dictada a contar de 1853, hasta la ocupación, la que pretendía proteger a los indígenas estableciendo que la compraventa de sus tierras debía ser autorizado por el Intendente de Arauco. Sin embargo ello fue en vano, ya que el proceso de infiltración de chilenos continuó y fue en aumento.

En la segunda etapa, denominada de invasión de la Araucanía y de expansión territorial, se consolida en términos generales el actual territorio de la República de Chile. Ello se logra luego de la ocupación de la Araucanía y la expansión territorial, al anexar al territorio chileno las provincias de Arica-Iquique y Antofagasta<sup>197</sup>, y la Isla de Pascua. Éste proceso, marcado por la guerra de exterminio de parte del Estado chileno hacia el pueblo Mapuche, y la posterior ocupación del territorio que ellos ocupaban, trajo consecuencias nefastas para el pueblo Mapuche, que una vez terminada la guerra, quedó radicado en laderas precordilleranas y al sur del río Cautín.

Junto a la usurpación de sus tierras y la confinación, se lleva adelante el proceso de radicación, reducción y entrega de títulos de merced al pueblo Mapuche, el que se desarrolla durante 1884 y 1929. Éste proceso, da inicio a la tercera etapa de la relación y consiste en aquel, mediante el cual el Estado de Chile, reconoció al pueblo Mapuche el 6,39%<sup>198</sup> del territorio que ellos habían ocupado históricamente.

“La radicación de indígenas comienza a hacerse efectiva con la creación de la Comisión Radicadora de Indígenas de 1883, la que estaba conformada por un abogado –que la presidía- y dos ingenieros. Su objetivo fundamental consistía en radicar a los indígenas en espacios delimitados, las reservaciones, de modo que el resto del territorio quedase libre para la colonización. Ciñéndose a las reglas establecidas en la Ley del 4 de diciembre de 1866 “...la Comisión Radicadora procedía al deslinde de los terrenos que eran ocupados por lo indígenas, debiendo estos probar una posesión efectiva y continuada de al menos un año. Una vez resuelto y fijados estos deslinde, dicha comisión procedía a extender un acta de todo lo realizado en un libro, y expedía a favor del o de los indígenas poseedores un Título de Merced a nombre de la República, insertando copia de dicha acta y anotando el título en otro libro que servía de registro conservador de la propiedad indígena”<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Sobre la relación entre el Estado boliviano y luego el chileno, con los pueblos indígenas de Atacama, durante el siglo XIX, consultar: BARROS, Alonso. Identidades y propiedades: Transiciones territoriales en el siglo XIX atacameño. *Estudios Atacameños*. 35: 119-139, 2008.

<sup>198</sup> AYLWIN, José. (1995) Ob. cit., p. 4.

<sup>199</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 362.

El procedimiento ocupado por la Comisión Radicadora, junto con ser largo y lento, no reflejó adecuadamente los terrenos de dominio indígena, ya que durante el proceso de radicación gran parte de sus terrenos ya habían sido traspasados a particulares. Para la Comisión el proceso de radicación trajo múltiples problemas<sup>200</sup>:

“La acción estatal en la reducción y el reparto del territorio usurpado al Pueblo Mapuche trajo consigo numerosos pleitos y conflictos, durante y después de producida la radicación de los indígenas. De esta manera el territorio mapuche es objeto de innumerables acciones usurpadoras de tierras efectuadas por particulares que se habían instalado como vecinos de las comunidades mapuches o por el propio Estado, cuando, a través de los remates de tierras, no respetaban los deslindes establecidos por los Títulos de Merced, así como ya no lo había hecho con las tierras ocupadas ancestralmente por el Pueblo Mapuche, y que con el proceso de radicación le fueron sustraídas”<sup>201</sup>.

La invasión del Estado chileno a los territorios Mapuches y el posterior proceso de radicación, marcaron la relación entre ambos para el futuro. Para la Comisión el Estado chileno es responsable de crear un conflicto con el pueblo Mapuche que sus consecuencias se ven hasta el día de hoy.

“(…) el Estado chileno fue el responsable de crear un conflicto que tuvo efectos inmediatos en la zona y que afectó fuertemente a la sociedad mapuche; pero además el Estado proyectó el conflicto indígena, haciéndolo permanente hasta el día de hoy, no sólo por haberse apropiado de un territorio que no le pertenecía, sino porque además a través del proceso de radicación y reparto de tierras de la Araucanía, entrampó a numerosas comunidades mapuches en

---

<sup>200</sup> Otro punto importante, y que es anotado por Aylwin, es que la radicación: “(…) no respeto las formas de organización social, política y territorial de los mapuches. La comunidad impuesta a través de éste proceso, toma su nombre de la comunidad de bienes establecida en la legislación chilena (código civil), pero no guarda relación con el rewe o el lof u otras formas de asociación propias de la cultura mapuche vigente hasta entonces. Por el contrario, en la mayoría de los casos está vino a romper con dicha forma de organización al sobreponerse a ellas”. En: AYLWIN, José. (1995) Ob. cit., p. 5.

<sup>201</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 365.



fuertes y largos litigios con particulares, cuestión que puede verse con toda claridad hasta nuestros días”<sup>202</sup>.

Durante los años 1927 y 1970, se desarrolla la cuarta etapa, en la cual el Estado busca, a través de –principalmente- la Ley N° 4.169 de 1927, terminar con el reconocimiento de tierras a las comunidades mapuches, para instaurar la propiedad individual en su interior. Se intenta igualar los regímenes de propiedad de los indígenas, a los del resto de la población. La ley precitada, crea un tribunal especial en la ciudad de Temuco, el que tiene por objeto promover la división de las comunidades, estableciendo que dicho trámite lo puede solicitar cualquier integrante de la comunidad.

Éste proceso se intensifica con el transcurso de los años. El año 1930, se dicta la Ley N° 4.802, que en lo medular, crea cinco tribunales especiales en la Región de Temuco y disponía que la división de tierras pudiera realizarse de oficio por el tribunal, aún sin petición de parte y contra la voluntad de los comuneros<sup>203</sup>. Esta legislación se complementa con el Decreto con Fuerza de Ley N° 266 y el Decreto Supremo N° 4.111, ambos del año 1931, “los cuales exigen la aprobación de un tercio de los comuneros para proceder a la división, y se autoriza a los adjudicatarios una vez concluida la división para celebrar toda clase de contratos sobre sus hijuelas con el consentimiento del juez, el que debía limitarse a verificar que este fuere libre”<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 365.

<sup>203</sup> AYLWIN, José. (1995) Ob. cit., p. 6.

<sup>204</sup> AYLWIN, José. (1995) Ob. cit., p. 7. José Aylwin, apunta los fundamentos que tenía el gobierno de la época para la dictación de las leyes y decretos señalados. Al respecto, dice: “Ellos son bien expuestos en el mensaje con que el ejecutivo presentara en 1926 la primera de estas iniciativas al Congreso para su debate: “Los indígenas se han civilizado rápidamente y casi se puede decir que no hay reducción alguna en la frontera donde no existan tres, cuatro o más indígenas que no sepan leer y escribir, que hayan hecho su servicio militar y que desempeñen cargos públicos, y muchos son también los que ejercen activa y ventajosamente profesiones liberales. Resulta cruel y extrañamente absurdo que individuos como éstos, capacitados como el que más, para la celebración correcta de toda clase de contratos y negocios que digan relación con sus actividades y patrimonio, no lo pueden, sin embargo, celebrar, por la prohibición injusta y añeja de la ley. Las consecuencias que de esta arbitraria y enojosa situación derivan, no son sólo funestas para los indígenas, sino también para toda la zona sur del país, que ve paralizada las iniciativas y actividades de la propiedad indígena, porque, como se ha dicho, éstos no pueden celebrar contratos de ninguna especie. De aquí proviene la estancación y pobreza de esa zona que puede ser una de las más prósperas y ricas del país”.

Además la Comisión señala, que durante esta etapa se desarrolló un fuerte impulso del Estado por la asimilación-integración del pueblo Mapuche a la sociedad chilena. “La principal herramienta fue la educación, la que tendió a eliminar lo propiamente indígena e imponer una visión criolla, católica occidental”<sup>205</sup>. Ésta etapa no estuvo exenta de violencia de parte del Estado chileno, hacia los mapuches que se resistían al proceso de asimilación y división de tierras<sup>206</sup>.

Toda esta legislación y actuación estatal, trajo por consecuencia la creación de importantes organizaciones mapuches y el cambio de eje político de sus reivindicaciones. Ahora el centro de la misma, era la recuperación de tierras y el reconocimiento de derechos que se tienen como mapuche y ciudadano chileno. Al respecto la Comisión señala:

“Se da paso a un nuevo discurso, que va a predominar durante el siglo XX. Se recupera la historia pasada, la que llevaron los antepasados, se plantea seguir la lucha, pero con un cambio de perspectiva; el paso de una lucha por la independencia política a una lucha por bienestar social, reivindicando además los derechos que se tienen por ser mapuche y también por ser ciudadano chileno. En el centro de las reivindicaciones se encuentra el problema de las tierras usurpadas, la violencia ejercida, la discriminación y la marginalidad; es decir, se demanda un cambio frente a los elementos que forman la nueva condición que ha adquirido el mapuche; una condición de pobreza y marginalidad”<sup>207</sup>.

Con éste cambio en las aspiraciones del pueblo mapuche, se da paso a la quinta etapa, que se desarrollará entre 1970 y 1979. El gobierno del ex Presidente de la República don Salvador Allende, intentó recoger las aspiraciones del pueblo Mapuche y compatibilizarlas con su programa de gobierno.

---

<sup>205</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 391.

<sup>206</sup> Al respecto ver: BENGOA, José. (2000) Ob. cit., pp. 374-376.

<sup>207</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 393.

La Comisión señala, que durante el gobierno de Allende, se inicia una política coordinada y sistemática destinada a resolver las demandas de restitución de tierras del pueblo Mapuche.

“El proceso de restitución de las tierras usurpadas era difícil y complejo ya que la ley indígena que operaba hasta ese momento no consideraba la restitución de tierras usurpadas. Allende pensó en resolver el problema de las tierras indígenas de la manera más efectiva y rápida posible; para ello, sugirió aplicar la Ley de Reforma Agraria para tratar de resolver el problema de la restitución de tierras. En una publicación reciente, se cita una entrevista a Chonchol, quién expresa que el proceder de las autoridades de la época: “...cuando haya un fundo en esta zona que ha sido expropiado en el cual hay tierras usurpadas lo primero que vamos a hacer, antes de constituir asentamiento, es restituir las tierras a las comunidades usurpadas”<sup>208</sup>.

Además, el gobierno de Allende en 1971 envió al Congreso un proyecto de ley indígena, que tenía por objeto: 1. El fortalecimiento de la comunidad indígena; 2. El establecimiento de cooperativas indígenas; 3. Procedimientos legales que aceleraban los trámites de justicia; 4. Fortalecimiento del aparato administrativo de protección a los indígenas. En el mensaje del proyecto de ley enviado al Congreso se señalaba que:

“El problema indígena es preocupación esencial del gobierno popular y debe serlo también de todos los chilenos (...) la problemática de los grupos indígenas es distinta a la del resto del campesinado, por lo que debe ser observada y tratada con procedimientos también distintos y no siempre el legislador ni el ciudadano común lo entendieron, agravando con ello el problema. Como es diversa su escala de valores lo es también su conducta. En cuanto tiene conciencia que por centenares de años ha sido el dueño de la tierra su actitud es la de quién se siente desposeído de algo que en justicia le pertenece, en tanto, para los restantes campesinos, el logro de la tierra constituye una

---

<sup>208</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 408.

conquista. Su bandera de lucha es la recuperación, mientras para los demás, es la distribución para quienes mejor la trabajen (...)"<sup>209</sup>.

No sin problemas y modificaciones, el proyecto se concretizó en la Ley Indígena N° 17.729 de 1972. Para la Comisión el gran mérito de esta ley radica en "(...) que por primera vez en la historia republicana se disponía de medios jurídicos efectivos para la restitución de las tierras indígenas usurpadas. Esta legislación se constituye, así, en el máximo logro alcanzado por el movimiento mapuche –indígena en general- en su relación con el Estado"<sup>210</sup>. Por primera vez el Estado de Chile, reconoce a los pueblos indígenas en general y al pueblo Mapuche en particular, que habían sido víctimas de una gran injusticia, en la usurpación de sus tierras, y que el Estado debía repararlos por ello. Rodolfo Stavenhagen, cataloga la legislación indígena dictada durante éste periodo, como: "(...) la primera fase de la evolución jurídica indigenista en Chile"<sup>211</sup>.

Según los datos de la Comisión, durante 1970-1973, por aplicación de la reforma agraria y de la Ley N° 17.729, se restituyeron a los mapuches una superficie total de 138.115 hectáreas físicas, equivalentes a 7.407 hectáreas de riego<sup>212</sup>. Sin embargo esta ley, tuvo una breve aplicación, ya que una vez realizado el golpe militar de 1973, la aplicación de la ley fue suspendida y luego en 1979 sustituida.

La sexta y última etapa de esta breve revisión histórica legislativa de la relación del Estado con los pueblos indígenas, se ubica temporalmente entre los años 1979 y 1990 y se ha denominado como de liquidación de la comunidad. En paralelo y desde el golpe de militar de 1973, se realizó una contra-reforma agraria que tuvo consecuencias nefastas para las tierras expropiadas a favor de los mapuches. La Comisión señala, con testimonios de víctimas mapuches, la represión llevada a cabo por militares, la

---

<sup>209</sup> En: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., pp. 409-410. La Comisión, junto a ello señala que este proceso de restitución de tierras se vivió no exento de violencia, la que provino principalmente de grupos paramilitares que utilizaban los dueños de los fundos expropiados, para no entregarlos a la Comisión de Reforma Agraria.

<sup>210</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 410.

<sup>211</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. (1988) Ob. cit., p. 69.

<sup>212</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 410.

violencia utilizada y la humillación que sufrieron al momento de un nuevo despojo de sus tierras<sup>213</sup>.

La inspiración de la legislación indígena dictada durante la dictadura militar, es de carácter neoliberal y tiene por objeto transformar a todo indígena en un pequeño propietario individual. Se busca eliminar cualquier indicio de comunidad y diferenciación cultural del pueblo indígena. Es una política asimilacionista llevada a su expresión mas extrema.

El proceso de liquidación de las comunidades mapuches, la dictadura militar lo realizó mediante la aplicación del Decreto Ley N° 2.568 de 1979, el que tenía por objetivos:

1. Promover el pleno acceso a la propiedad individual, mediante la entrega de títulos de propiedad a los mapuches y otros pueblos indígenas.
2. Lograr una asimilación total de los pueblos indígenas en la sociedad chilena.
3. Desarrollar una política agresiva para erradicar la “pobreza” de las comunidades mapuches y otros pueblos indígenas.

Sobre los objetivos del Decreto Ley N° 2.568, la Comisión señala:

“Se pensaba que al entregarse propiedades privadas, se produciría algo así como una selección natural, donde algunos venderían sus tierras, otros comprarían, aumentando sus propiedades, entrarían empresas forestales, algunos mapuches abandonarían el campo y se descongestionaría el problema indígena. Los mapuches podrían presentarse en la sociedad chilena sin ninguna traba para exigir sus derechos como cualquier otro ciudadano”<sup>214</sup>.

Las consecuencias de la aplicación del Decreto Ley N° 2.568<sup>215</sup>, fueron nefastas para los pueblos indígenas y en particular para el pueblo Mapuche. Ello por cuanto, se produjo la división y liquidación de la comunidad, desapareciendo no sólo la propiedad

---

<sup>213</sup> Ver: EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., pp. 411-414. Además, la Comisión, cita el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el cual se señala que fueron 136 los mapuches muertos o desaparecidos durante la dictadura militar.

<sup>214</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 417.

<sup>215</sup> El Decreto Ley N° 2.568, fue complementado y modificado –parcialmente- por el Decreto Ley N° 2.570, también de 1979. No analizo el último, porque para lo que interesa aquí, sus modificaciones y complementaciones siguieron lo ya expresado.

colectiva, sino que la unidad cultural y social, ya que la comunidad en la tierra es la base identitaria de los pueblos indígenas y en particular del pueblo Mapuche. Lo anterior, en términos estadísticos, significó –según la Comisión- que: “(...) entre los años 1979 y 1988 se dividieron 2.918 comunidades mapuches dando lugar a la creación de 73.444 hijuelas con un total de 519.257 hectáreas”<sup>216</sup>.

Además, en el año 1979 se dictó el Decreto Ley N° 2.885, mediante el cual se legitimó el dominio fiscal de Isla de Pascua y se desconocieron los derechos territoriales del Pueblo Rapa Nui.

Finalmente, es importante señalar, que la acción del Estado en materia indígena, que se había centrado en políticas de asimilación cultural y expoliación de tierras, se suma la nueva normativa en materia de aguas, principalmente con la dictación del Código de Aguas en el año 1981, el que ha producido todos los conflictos venideros con los pueblos indígenas del norte del país, por el proceso de privatización de sus aguas ancestrales a manos de las compañías mineras.

Todo lo anterior, ha llevado a que los autores señalen que la normativa dictada por la dictadura militar y sus acciones, buscaron terminar con los pueblos indígenas en Chile. “El impacto de estas normativas en el mundo indígena fue devastador, llegándose a considerar que los referidos Decretos Leyes constituyeron la “legislación etnocida del régimen militar”<sup>217</sup>. En el mismo sentido Rodolfo Stavenhagen señala:

“(...) este fenómeno de privatización y de otorgamiento de mayor productividad a las tierras indígenas se ha convertido en un problema claro que atañe a los derechos humanos y, como lo han señalado numerosas organizaciones humanitarias, puede plantearse en la configuración del proceso de etnocidio. Conforme al decreto-ley núm. 2568 (marzo de 1979) se considera indígenas a los ocupantes de las mercedes de tierras de reducción, mientras éstas se encuentran indivisas. El inciso último del artículo 1 del decreto-ley en referencia dispone: “A partir de la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de las hijuelas, resultado de la división, las reservas dejarán

---

<sup>216</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 418.

<sup>217</sup> GONZALEZ, José. Ob. cit., p. 85.

de considerarse tierras indígenas e indígenas a sus dueños o adjudicatarios”. De tal manera que desaparece la categoría de indígena por la simple división de las tierras de su propiedad”<sup>218</sup>.

En el próximo punto del presente capítulo, analizaré con mayor detenimiento el ideario político que se encuentra expresado en la Constitución Política de 1980 y sus implicancias en el multiculturalismo. Por lo que, dicho punto valdrá para integrar la visión general sobre la legislación indígena dictada en éste período.

Luego de la revisión histórica de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, la Comisión constató que los pueblos indígenas que habitan el territorio en la actualidad sienten: “(...) su cultura amenazada y se ven así mismos como víctimas de un proceso histórico en el que fueron condenados –a veces con violencia- a la invisibilidad y a la exclusión”<sup>219</sup>. Además la Comisión pone de relieve las principales aspiraciones de los pueblos indígenas, señalando que ellos: “(...) sienten que hoy día tienen derecho a hacer pública, y a que les sea reconocida, la identidad que fue ahogada durante el proceso de construcción del Estado nacional. Hoy día reivindican esa identidad y los lugares con que ella está atada, no con el afán de desconocer los íntimos vínculos que poseen con la Nación chilena, sino con el propósito de integrarse plenamente a ella desde lo que son, desde lo que han llegado a ser. La Comisión valora profundamente ese propósito de integración y comprende que él debe ser alcanzado no desde la supresión de la identidad de esos pueblos, sino mediante su pleno reconocimiento”<sup>220</sup>.

Las aspiraciones de los pueblos indígenas al ser de reconocimiento e integración, marcan el punto de entendimiento y traen consecuencias normativas muy importantes, ya que sus pretensiones son del todo posibles en un Estado democrático de derecho, tal y como ya se analizó en el capítulo primero.

Para la Comisión el sentimiento de víctima de los pueblos indígenas para con el Estado chileno es razonable y justificado, señalando que:

---

<sup>218</sup> STAVENHAGEN, Rodolfo. (1988) Ob. cit., p. 73.

<sup>219</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 26.

<sup>220</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 26.

“Durante la historia de Chile, y desde el momento en que se constituyó la República, ese reconocimiento –ha podido constatar la Comisión- no fue conferido.

La Nación chilena se constituyó sobre la base de asimilar –a veces mediante la fuerza- a esos pueblos. Es seguro, sin embargo, que en medio de ese proceso la identidad de todos los actores resultó influida. Los miembros de la sociedad que llegó a ser dominante se definieron en medio de esa relación y lo mismo ocurrió, sin duda, con los Pueblos Indígenas. Quienes se reconocen como miembros plenos de la sociedad chilena y quienes se ven así mismos como parte de los pueblos indígenas, llevan, cada uno de ellos, en su memoria y en su identidad actual, la historia de esa relación. Sacar a la luz, esa historia, hasta donde ello sea posible, es una manera entonces –entiende la Comisión- de colaborar a la mejor comprensión de lo que hoy día somos”<sup>221</sup>.

Así, en una primera aproximación sobre la coherencia de la tesis del presente trabajo, puedo establecer que tal y como constató la Comisión, Chile es un país que ha tenido una conformación multiétnica de fuente indígena, la que ha sido ocultada e intentada asimilar por el Estado Chileno desde su conformación a comienzos del siglo XIX. Que sus políticas históricas, han generado una falta de reconocimiento hacia los integrantes de los pueblos indígenas, no permitiendo que ellos tengan un pleno respeto hacia su identidad y por ende generándoles una falta de autoestima en sí mismos y en su relación con la cultura dominante (punto de vista comunitario), o no aceptado que ellos desarrollen su libertad dentro de su ámbito cultural (punto de vista liberal cultural).

Además, los pueblos indígenas en Chile, fueron objeto de la expoliación de sus territorios y división de sus comunidades, ello debido a la política expansionista en el establecimiento del territorio actual del Estado de Chile y las legislaciones asimilacionistas. Dicha usurpación y división, fue realizada mediante el uso de la fuerza y del derecho.

---

<sup>221</sup> EGAÑA, Rodrigo (ed.). Ob. cit., p. 26.



Lo anterior, ha generado un daño a los pueblos indígenas que debe ser reparado por su causante, esto es, el Estado de Chile. Así el reconocimiento de Chile como país multicultural y multiétnico, se justifica por razones de igualdad, justicia y reparación, para con todos los pueblos indígenas<sup>222</sup>.

Como ha sido el derecho el principal instrumento de discriminación de los pueblos indígenas, el mismo debe ser el mecanismo central (no el único) para corregirlo. Éste debe permitir a los pueblos indígenas de Chile puedan decidir el tipo de contacto que quieren tener con la cultura “chilena”, el ritmo de esos contactos, así como las estrategias para mantener, reproducir y transformar sus legados culturales<sup>223</sup>.

¿Qué tipo de reconocimiento de su diversidad cultural, requiere Chile para corregir y reparar los daños causados a los pueblos indígenas? En el punto 2.5. del presente capítulo, luego de haber revisado la legislación chilena actual sobre derechos indígenas y políticas de inmigración, realizaré una aproximación a éste tema. Para ello, tomaré en cuenta las propuestas realizadas por la Comisión, las propuestas hechas por los pueblos indígenas y las reformas constitucionales truncadas. Sin embargo, en las conclusiones finales del presente trabajo, integraré la respuesta, con el análisis de la experiencia boliviana que se realizará en el capítulo tercero. Lo que busco en el presente capítulo es determinar el tipo de reconocimiento necesario y si éste debe ser de índole constitucional o no.

---

<sup>222</sup> Es posible para justificar el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas, establecer razones similares para todos los pueblos indígenas que habitan el territorio chileno, aunque sus procesos de asimilación y de usurpación de territorios de parte del Estado de Chile, fue distinto según cada uno de ellos. En ese sentido, para el caso Rapa Nui, ver: YAÑEZ, Nancy. El acuerdo de voluntades estado de Chile – pueblo rapa nui: Bases normativas para fundar la demanda de autonomía rapa nui. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 15-26. Para el caso Mapuche, ver: VALENZUELA, Myléne. La política indígena del Estado Chileno y la legislación Mapuche, 2002, [en línea]. <<http://www2.estudiosindigenas.cl/imagenes/instituto.html>> [consulta: 12 de abril 2012].

<sup>223</sup> BONILLA, Daniel. (2008)Ob. cit., pp.31-32.

## 2.2. Conceptualización del Estado, en lo respectivo a pueblos indígenas, en la Constitución Política de 1980.

La política indígena elaborada por la dictadura militar y su legislación, vieron en la elaboración y posterior aprobación de la Constitución Política de 1980 su fundamentación normativa e ideológica. La Constitución de 1980, tiene una coherencia en sus ideas políticas<sup>224</sup>, que permiten su sistematización y por ende su apreciación ideológica sin mayores inconvenientes teóricos.

En la Constitución Política de 1980, se busca –con éxito- dar expresión normativa a un cuarteto valórico<sup>225</sup> representado por los ideales de libertad, seguridad, progreso y justicia, que constituirían una forma de vida intrínseca de la persona, y que por tanto, la Constitución debiera proteger de sus posibles amenazas y en particular de las decisiones de la mayoría, creando para ello sistemas contra mayoritarios al interior de la Constitución<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Justamente la coherencia del ideal político establecido en la Constitución de 1980, permiten a Renato Cristi –junto a otros aspectos- sistematizar el pensamiento político de Jaime Guzmán, quién ha sido reconocido como el principal ideólogo de la Constitución. “(...) en un modo análogo al de los *Founding Fathers* de la Constitución americana, sus ideas políticas, particularmente en el ámbito del derecho constitucional, son coherentes y admiten de sistematización”. Ver: CRISTI, Renato. El pensamiento político de Jaime Guzmán. 2º ed. Santiago de Chile, Lom ediciones, 2011, p. 17.

<sup>225</sup> En un sentido similar, para el profesor Francisco Zúñiga, la Constitución de 1980 cristaliza en su parte dogmática, los componentes ideológicos de una refundación autoritaria del capitalismo, los que serían: originariamente autoritarios, neoliberales, iusnaturalistas y lejanamente corporativistas. Ver: ZUÑIGA, Francisco. Vieja – Nueva Constitución. Estudios Constitucionales. 1(5): 349-370, 2007.

<sup>226</sup> Para Jaime Guzmán, la forma de vida intrínseca es mediada por la democracia, la que considera una forma de gobierno que tiene un valor solo instrumental. Así señala Jaime Guzmán: “La democracia es una forma de gobierno, y como tal solo un medio –y ni siquiera, el único o el más adecuado en toda circunstancia- para favorecer la libertad, que en cambio integra la forma de vida hacia la cual todo sistema político humanista debe tender como fin u objetivo. Dicha forma de vida incluye además la seguridad y el progreso, tanto espiritual como material, y dentro de esto, tanto económico como social”. En: CRISTI, Renato. Ob. cit., p. 23. Siguiendo lo expuesto por Cristi, disiento de lo señalado por Humberto Nogueira, en el sentido de que el objetivo central del régimen militar es la estructuración de una democracia autoritaria y protegida. Ello no es el objetivo central, sino el medio que utilizan los ideólogos de la Constitución, para garantizar los valores e ideales que buscan proteger de las decisiones de la mayoría. Sobre lo señalado por Nogueira, ver: NOGUEIRA, Humberto. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. En su: La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005. Santiago de Chile, Librotecnia, 2009, pp. 338-393.

Para los ideólogos de la Constitución de 1980, el ideal de libertad representaba una idea pre-política, un valor absoluto y una condición para la realización del resto de los valores morales que les interesa proteger. La noción de libertad, aparece ligada de manera irresoluble a la propiedad privada, los derechos individuales, la libertad de asociación y de empresa. Se busca una individualidad privada libre de cualquier interferencia, con la menor intervención estatal posible y con una Constitución Política que blinde al máximo dichos ideales.

Para el profesor Francisco Zúñiga, la Constitución de 1980 es:

“(…) una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria-urgente en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central); y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, Estado empresario y amparo económico, entre otras) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Fuerzas Armadas y de Orden, Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República y Gobierno y Administración interior)”<sup>227</sup>.

Esta búsqueda de protección máxima de la “libertad” entendida en su vertiente neoliberal, llevó a los redactores de la Constitución de 1980, a la utilización del principio de subsidiariedad en la parte dogmática de la Constitución, en particular en el primer artículo y capítulo, de la misma, que se denomina: “Bases de la Institucionalidad”.

---

<sup>227</sup> ZUÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario. En: XLI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: 24 y 25 de noviembre de 2011. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 6-7.

La Constitución de 1980 en el artículo precitado, preceptuaba que:

“Artículo 1º.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

El Principio de subsidiariedad fue creado por la Iglesia Católica y tiene su origen en documentos pontificios. En ese sentido la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI señala que:

“Conviene, por consiguiente, que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas aquellos asuntos y negocios que ellas puedan resolver, de menor importancia, en los cuales por lo demás perdería mucho tiempo o le serían de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia cuanto a ella sola corresponde, pues de su exclusiva competencia, a saber: dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen. Por lo tanto, tengan bien entendido los gobernantes que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no sólo la autoridad sino

también la eficiencia social, y tanto más feliz y más próspera la condición del Estado”<sup>228</sup>.

Recurro a la versión católica del principio de subsidiariedad, porque fue la utilizada por la Comisión de Estudios de la nueva Constitución<sup>229</sup>, es decir, el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile, se encuentra inspirado en el principio de subsidiariedad en su entendimiento católico.

El principio de subsidiariedad, en estos términos, busca ordenar la relación entre persona, grupos intermedios (sociedad civil) y Estado. La organización es de carácter jerárquica y viene dada por la “naturaleza de las cosas”, lo que implica una visión de tipo iusnaturalista.

Junto a lo anterior, impone la obligación de que el Estado respete el “orden natural de las cosas”, el que sería profundamente individualista, con miras a evitar toda forma de colectivismo.

Así, la función principal del estado, es la de “dirigir, vigilar, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen”, el orden natural de las cosas, protegiendo a la familia, los individuos y los grupos intermedios.

Con la plasmación del principio de subsidiariedad -en el sentido católico-, en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, los redactores de la Constitución buscaron establecer un modelo de sociedad, basado en la intervención mínima del Estado en la economía y en la reducción de su labor a la del Estado Policial del liberalismo clásico<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Pío XI (1953). *Quadragesimo Anno*. Santiago de Chile: Talleres gráficos Pía Sociedad San Pablo, En: RUIZ-TAGLE, Pablo. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 62: p. 47-59, 2000.

<sup>229</sup> La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República de Chile, fue creada por la Junta Militar de Gobierno (encabezada por el Dictador Augusto Pinochet Ugarte), en el año 1973, que tuvo por finalidad entregar el anteproyecto de la nueva Constitución Política de la República de Chile de 1980.

<sup>230</sup> Intentando construir una concepción doctrinaria mas amplia de la Constitución y buscando limitar la importancia del principio rector de subsidiariedad que tiene la Constitución Chilena, el profesor Ruiz-Tagle señala que: “Ciertamente, puede aceptarse que la carta fundamental chilena es el producto de una transacción de diversas ideas políticas y constitucionales, entre

Al principio de subsidiariedad se unen, la idea de un Estado-Nación, mono cultural y con unidad territorial. Donde la ciudadanía se encuentra ligada a la nacionalidad y la vecindad en el país. De ello dan cuenta el artículo 2 (emblemas nacionales), 3 (unidad territorial), 5 (soberanía nacional) y el Capítulo II, sobre nacionalidad y ciudadanía.

La Constitución de 1980, busca perpetuar una visión de mundo, en la cual no se integra la perspectiva de los pueblos indígenas<sup>231</sup>. No establece reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, ni derechos diferenciados. Tampoco reconoce valores o principios que permitan entender la diversidad cultural. El criterio utilizado por los ideólogos de la Constitución de 1980, al respecto, consiste en preceptuar el

---

las cuales se encuentran algunas que representan una tradición de orientación católica y raíz iusnaturalista cristiana. Sin embargo, esta constatación no debe hacernos olvidar que también se puede vincular la constitución chilena a la tradición política liberal y a una serie de propuestas e ideas que son propias de la tradición social demócrata o socialista. Si se acepta esta tesis de la transacción de diversas tradiciones, como una base plural sobre la cual se construye la constitución política chilena, se debe atribuir importancia limitada al principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva, el principio de subsidiariedad se considera como relevante para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista, sin perjuicio que incluso en ese caso, la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro que intenta servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado”. En: RUIZ-TAGLE, Pablo. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 62: p. 47-59, 2000. Considero que el esfuerzo del profesor Ruiz-Tagle, en términos intelectuales - doctrinarios, para limitar el peso del principio de subsidiariedad es importante y merece ser rescatado. Sin embargo, lamentablemente, dicho principio ha sido en la práctica una guía ideológica que ordena la relación de las personas y el estado, siendo además en forma reiterada usado por la jurisprudencia nacional, en todos sus niveles, como fundamento de sentencias. Por ello, cobra mucho mas sentido buscar una nueva Constitución. En ese sentido ver: ZUÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario. En: XLI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: 24 y 25 de noviembre de 2011. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 25p.

<sup>231</sup> Manuel Núñez, señala que el no reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución de 1980, se debe a: “(...) la completa ignorancia que los redactores de la Constitución vigente demostraron tener hacia la cuestión indígena, lo que supuso producir un texto en el que difícilmente tenían cabida (bajo el concepto de “grupo intermedio”, por ejemplo) los derechos de las comunidades indígenas al modo como se entienden hoy en día. Por el contrario, los principios constitucionales de la “unidad estatal” (art. 3° Const. Pol.) y “unidad de la soberanía” (art. 5° Const. Pol.), como asimismo las concepciones predominantemente europeas sobre el contenido de los derechos vinculados a la religión o a la propiedad, conspiran en contra de una visión pluralista de aquella comunidad política que se construye a partir del texto constitucional”. Ver: NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Ob. cit., p.15-16. Sólo difiero con el autor precitado, en el hecho de que el no reconocimiento de los pueblos indígenas no se debe a ignorancia, quizás a desprecio, pero fundamentalmente a una concepción del mundo, con valores sólo occidentales, donde el ideario de los pueblos indígenas no tiene cabida alguna.

principio de igualdad ante la ley para todos los habitantes de la República, sin hacer distinción de ningún tipo.

Junto a lo anterior, es importante tener en cuenta, que en la Constitución de 1980, se constitucionalizó el derecho de propiedad y se le dio un carácter prácticamente absoluto. En el texto original de la Constitución de 1980, a diferencia de la Constitución de 1925, no se establecía la función social de la propiedad.

La Constitución de 1980, regula en forma lata tanto el derecho de propiedad (artículo 19, N° 24), la libertad para adquirir el dominio (artículo 19, N° 23) y la protege con la no afectación de las garantías constitucionales en su esencia (artículo 19, N° 26) y el recurso de protección (artículo 20).

Para los ideólogos de la Constitución de 1980, “(...) la noción de propiedad está estrechamente unida a la noción de libertad. El derecho de propiedad es una aplicación de lo que significa ser persona: es la realización de la libertad personal”<sup>232</sup>. Así, proteger al máximo el derecho de propiedad en su sentido mas absoluto y pre-político, se vuelve una de las principales inspiraciones en la construcción normativa de la Constitución de 1980.

Todo lo anterior, da sentido a la legislación etnocida dictada por la dictadura militar, ya revisada en el punto 2.1. del presente capítulo, y tiene por objeto principal, realizar una verdadera restauración capitalista de corte neoliberal en Chile. Dicha transformación, entre otras cosas, busca terminar con la propiedad colectiva de las tierras indígenas y asimilar a todos los habitantes del país en una cultura, anclada en los valores ya señalados. Como señala Vicente Cabedo al respecto:

“Se trataba de integrar al indígena en la economía neoliberal impulsada por el régimen, siendo la propiedad privada individual un auténtico instrumento de aculturación de estos pueblos indígenas, de pérdida de su identidad”<sup>233</sup>.

En los próximos puntos, analizaré la legislación dictada en Chile sobre pueblos indígenas e inmigración, durante la transición democrática, así como también las

---

<sup>232</sup> CRISTI, Renato. Ob. cit., p. 79.

<sup>233</sup> CABEDO, Vicente. Ob. cit., p. 266.

reformas constitucionales realizadas en el año 2005, para en el último punto, poder evaluar si con dichas modificaciones se ha logrado cambiar la concepción de Estado, creada por la Constitución de 1980.

### **2.3. Desarrollo normativo sobre pueblos indígenas en Chile entre 1990-2010.**

Desde el año 1990, hasta hoy, Chile ha transitado un proceso gradual de recuperación de su democracia, realizando múltiples reformas constitucionales y legales, y suscribiendo distintos tipos de instrumentos internacionales que versan sobre Derechos Humanos.

En los inicios de éste nuevo proceso, fue fundamental el acuerdo suscrito entre las principales organizaciones indígenas y la Concertación de Partidos por la Democracia (en adelante, la Concertación), en septiembre – octubre del año 1989<sup>234</sup>. La propuesta del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, recogida por la Concertación, planteaba “la necesidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de la elaboración, en el más breve plazo, de una ley referida a estos pueblos que, junto con reconocer sus culturas e idiomas, sus derechos consuetudinarios, sus tierras y territorios tradicionales, regulase su relación con el Estado recogiendo los principios de autonomía y autodesarrollo reconocidos en el Convenio 169 de la OIT”<sup>235</sup>.

El Gobierno del ex Presidente de Chile, don Patricio Aylwin Azocar, buscó llevar a la práctica los acuerdos suscritos con los pueblos indígenas, creando en el año 1990, mediante el Decreto Supremo N° 30, la Comisión Especial de Pueblos Indígenas (en adelante CEPI), que tenía por objeto presentar una propuesta legislativa y coordinar las políticas del Estado en materia indígena.

La CEPI, trabajó en conjunto con las organizaciones indígenas durante tres años, presentando al Presidente de la República en el mes de septiembre del año 1993, un

---

<sup>234</sup> Al Acuerdo arribado se le llama: “Acuerdo de Nueva Imperial”.

<sup>235</sup> AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. < <http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion> > [consulta: 12 abril 2012], p. 9.



proyecto de reforma constitucional y otro de ley indígena. Junto a ello el ejecutivo envió el Convenio N° 169 de la OIT en el año 1991 al Congreso Nacional para su aprobación.

Sin embargo, el Congreso Nacional, rechazó la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y la reforma constitucional propuesta. Además hizo importantes modificaciones al proyecto de Ley Indígena, transformándola y limitándola considerablemente. Como se podrá apreciar, en la recapitulación que realizó en los puntos siguientes, la derecha Chilena, se ha opuesto de forma permanente a reconocer el carácter de “pueblos indígenas” en las iniciativas legales que se han presentado al Congreso para su aprobación. Así ocurrió en la Ley Indígena, en su negativa a la aprobación del Convenio N° 169 y en cualquier tipo de reconocimiento Constitucional.

José Aylwin, señala al respecto que: “Entre los principales reparos que los partidos de derecha hicieron a estos proyectos en el parlamento se encuentran aquellos que decían relación con el uso en ellos del término “pueblos indígenas”, el que consideraban una amenaza en contra del carácter unitario del Estado y un potencial peligro de futuro procesos de separatismo en su interior; con el peligro para el derecho de propiedad podrían significar las normas de protección de las tierras indígenas; y con la contradicción con el derecho constitucional a la igualdad que significaría el establecimiento de beneficios especiales en favor de los indígenas”<sup>236</sup>.

Lo apuntado por José Aylwin, es absolutamente coincidente a los principios con los cuales la derecha ideó la Constitución de 1980. Para ellos, reconocer el estatus de pueblo a los indígenas, puede traer aparejado un conflicto con su visión de la libertad, de igualdad ante la ley, y la posible incorporación de derechos colectivos, a los que se oponen rotundamente<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. < <http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion> > [consulta: 12 abril 2012], p. 13.

<sup>237</sup> Rolf Foster y Jorge Vergara, analizan la posición de la derecha chilena sobre éste punto, en la revisión de la línea editorial del periódico “El Mercurio”. Elaboran la hipótesis de que la derecha tiene una “(...) concepción de la nación chilena como nación-pueblo, Volksnation, o sea, como una entidad prepolítica, integrada por descendencia, tradición compartida y lengua común, y no la definición republicana de la nación de ciudadanos, Staatsnation”. Ver: FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento. Los mapuches en la sociedad chilena. En: GUNDERMANN, Hans, FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Mapuches y

Durante ese período, la actitud del Gobierno, fue contradictoria, ya que junto al trabajo de la CEPI, realizado mancomunadamente con las organizaciones indígenas, el Gobierno de la Concertación, tuvo prácticas que comenzaron el proceso de alejamiento y desconfianza de las organizaciones indígenas. Entre ellas se pueden anotar<sup>238</sup>:

1. A través del Instituto de Desarrollo Agropecuario, se continuó con los trámites de disolución comunidades indígenas, pese a los anuncios de las autoridades gubernamentales en sentido opuesto.
2. Muchas organizaciones indígenas del país, fueron –y son- objeto de una gran represión policial, principalmente en sus manifestaciones a raíz del 12 de octubre de 1992.
3. El inicio de los proyectos de construcción de grandes represas eléctricas en zonas habitadas por pueblos pehuenches y mapuches en las localidades de la cuenca superior del río Bío Bío.
4. Las negativas del Gobierno a considerar la posibilidad de devolución de las tierras usurpadas al Pueblo Rapa Nui.

La actitud paradójica del Gobierno y el rechazo por parte del Congreso Nacional y en particular, por parte de los representantes de la “derecha”, a la aprobación del Convenio N° 169 y a la reforma constitucional, comienza el actual período en la relación del Estado con los pueblos indígenas, que se desarrollará con avances legislativos –catalogados de insuficientes por las organizaciones indígenas y los organismos internacionales competentes en la materia- y una negativa persistente de parte del Congreso Nacional, al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Todo ello, en un clima de represión policial<sup>239</sup> y criminalización de las

---

aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos. Santiago de Chile, Ril editores, 2003, p. 111.

<sup>238</sup> Sigo las planteadas por: AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. < <http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2012], p. 12.

<sup>239</sup> Al Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas, en su informe sobre Chile de 2009, “le preocupan las numerosas denuncias recibidas que apuntan a una persistencia de actuaciones abusivas por parte de los agentes policiales contra integrantes de pueblos indígenas, en particular, contra miembros del pueblo mapuche. Le preocupa al Comité especialmente que entre las víctimas de esas actuaciones se encuentren mujeres, niños, niñas y personas de avanzada edad. Asimismo, el Comité también nota con preocupación que, en ocasiones, el

demandas de los pueblos indígenas y en particular del Mapuche<sup>240</sup>, que siguen hasta el día de hoy.

En el presente punto, revisaré la legislación vigente en Chile sobre pueblos indígenas, dividiendo el tema en tres partes. La primera describirá la normativa vigente en materia de derechos indígenas, señalando sus aspectos principales y las discusiones más relevantes al respecto.

Luego analizaré las reformas constitucionales truncadas que se han presentado desde 1990 en adelante y los principales argumentos dados tanto para su aprobación, como para su rechazo. Asimismo, se analizará el proyecto de reforma constitucional

---

Estado parte ha aplicado la Ley Antiterrorista contra integrantes de pueblos indígenas en relación con actos de protesta social (art. 16). El Estado parte debe: a) Tomar todas las medidas necesarias para que se lleven a cabo investigaciones prontas y efectivas sobre abusos cometidos contra integrantes de pueblos indígenas, y se enjuicien y sancionen a los funcionarios de la policía que cometan este tipo de actos; b) Proporcionar datos estadísticos pormenorizados y desglosados por edad, sexo y lugar geográfico de las denuncias interpuestas por actos de tortura y malos tratos cometidos por fuerzas del orden contra integrantes de pueblos indígenas, así como las investigaciones, el procesamiento y las condenas correspondientes. c) Proporcionar datos detallados sobre los casos de aplicación de la Ley Antiterrorista en que han estado involucradas personas indígenas”. Al respecto ver: COMITÉ CONTRA LA TORTURA, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Chile, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/433/47/PDF/G0943347.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

<sup>240</sup> Sobre este punto ver los siguientes trabajos: YAÑEZ, Nancy, AYLWIN, José (eds.). El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”: las paradojas de la democracia chilena. Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2006, 504p. MELLA, Eduardo, LE BONNIEC, Fabien. Movimiento mapuche y justicia chilena en la actualidad: reflexiones acerca de la judicialización de las reivindicaciones mapuche en Chile. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 354-364. Además se pueden consultar los informes permanentes que han realizado los dos últimos Relatores Especiales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de las Naciones Unidas. En ese sentido al Relator Especial pasado, Rodolfo Stavenhagen, en el año 2006, sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a dirigentes mapuches, señalaba en un informe oficial que: “(...) él se da cuenta de las disposiciones en atención a las cuales se dictó la sentencia, pero no deja de preocuparle la aplicación injustificada de la Ley N° 18314 en el caso de actividades relativas a cuestiones sociales o los derechos a la tierra”. Ver -entre otros muchos- : CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Análisis de la situación de los países y otras actividades especiales del relator, 2005, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/110/85/PDF/G0511085.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

presentado durante el gobierno de la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria y que se encuentra actualmente en tramitación.

Finalmente y en tercer lugar, reflexionaré si con las reformas constitucionales, y en particular las del año 2005, y la normativa nacional e internacional expuesta, se puede hablar de un cambio importante en el tratamiento normativo en Chile a la multiculturalidad y bajo que óptica filosófica política se han realizado las reformas revisadas.

### **2.3.1. Normativa vigente en materia de derechos indígenas.**

Para el análisis de la normativa vigente en materia de derechos indígenas, dividiré el punto en dos subtemas. Primero expondré los principales aspectos de la legislación vigente en materia indígena, y en segundo lugar revisaré el largo proceso de aprobación legislativa del Convenio N° 169 de la OIT, con los respectivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

#### **2.3.1.1. Principales aspectos de la legislación vigente.**

El cuerpo normativo fundamental en materia indígena es la Ley N° 19.253 de 1993 (en adelante Ley Indígena), que recogió parte de las propuestas de la CEPI, como ya he señalado, y aprobada durante el gobierno del ex Presidente don Patricio Aylwin Azocar.

En el mensaje del proyecto de Ley Indígena que el ejecutivo enviaba al Congreso Nacional, señalaba:

“(…) Como lo señale solemnemente al país en el Mensaje presidencial del pasado 21 de mayo, el Gobierno que presido ha venido estudiando una legislación sobre pueblos indígenas en la cual participaron diversos representante de este sector. En esta etapa hemos ido cumpliendo el

imperativo que nos propusimos al iniciar el actual período presidencial en el sentido de establecer una relación diferente con los pueblos indígenas de Chile, en la cual primará el respeto y la responsabilidad, y que se diera cabida a los legítimos derechos que pretenden el casi millón de chilenos que forman los pueblos de la tierra, las raíces de nuestra nación”<sup>241</sup>.

La Ley Indígena, constituye un avance importante para los pueblos indígenas y su reconocimiento. Los aspectos de la Ley Indígena que se pueden considerar como un progreso en la materia son relativas a: 1. Reconocimiento cultural; 2. Protección; 3. Incipientes derechos de supervivencia cultural; 4. Aplicación mínima del derecho consuetudinario indígena.

En lo relativo al reconocimiento cultural, en la Ley se reconoce a los indígenas (artículo 1°) y se establece el deber del Estado y la sociedad en general, de respetar, proteger y promover el desarrollo de sus culturas, familias y comunidades. Importante en éste punto, es que la Ley Indígena incorpora el criterio de auto identificación. Además el Estado reconoce a las principales etnias de Chile y valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores.

El Estado en el artículo 9° de la Ley Indígena, reconoce a las comunidades indígenas y en los artículos 10 y 11, regula las modalidades para la formación de ellas, así como el registro público de las mismas.

Siguiendo en éste plano, el Estado, en el Título II de la Ley Indígena, reconoce la importancia de la tierra para la identidad del indígena y entiende por tales, aquellas que las personas o comunidades ocupan actualmente en propiedad o posesión, ya sea provenientes de títulos reconocidos por el Estado desde 1823 hasta la fecha y hacia el futuro, así como aquellas que han ocupado históricamente siempre que sus derechos se encuentren en el Registro que crea ésta ley.

---

<sup>241</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley N° 19.253, 1993, [en línea]. <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19253&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19253&anio=2012)> [consulta: 19 marzo 2012].

En el plano de protección de los indígenas, la Ley establece mecanismos para el resguardo de las tierras indígenas y se crea un Fondo de Desarrollo Indígena (Título III de la Ley), con el fin de adquirir tierras para personas indígenas y sus comunidades. Esto es importante, ya que, la usurpación de las tierras indígenas, la falta de protección legal y la división de sus comunidades, causaron durante el siglo XIX y XX, un gran daño a los pueblos indígenas. Además la Ley crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, organismo público, que tiene por misión, según el artículo 39° la de: “promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar y de impulsar su participación en la vida nacional”.

La Ley Indígena, tiene incipientes derechos que tienden a la supervivencia cultural de las comunidades, estos son principalmente aquellos, que buscan: “El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas, el establecimiento de un delito destinado a evitar la discriminación de los indígenas por su origen o cultura, la creación de un sistema educacional bilingüe con el objeto de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global, así como un programa de becas para los estudiantes indígenas”<sup>242</sup>.

En la Ley Indígena, se establece un mínimo reconocimiento al derecho consuetudinario indígena. En el artículo 54 se señala que: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

En materia de justicia, se reconoce además, un procedimiento especial para el trámite de los juicios sobre tierras en que se encuentre vinculado un indígena. Ello regulado de los artículos 55° a 59° de la Ley Indígena.

---

<sup>242</sup> AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2012], p. 14.

Para José Aylwin<sup>243</sup>, las principales limitaciones de la Ley Indígena, en relación al proyecto presentado por la CEPI y las tendencias actuales del derecho comparado sobre la materia, son:

1. No se reconoce a los indígenas como pueblos<sup>244</sup>. Ello implica negarles el derecho a la autodeterminación y autogobierno de los pueblos indígenas, el que ya ha sido reconocido en los convenios internacionales sobre la materia, y en la mayoría de las legislaciones comparadas. Es importante mencionar que el proyecto de Ley Indígena del ejecutivo<sup>245</sup>, en su artículo 1º, hablaba de “pueblos”<sup>246</sup> y no de “etnias”, el que fue modificado durante su tramitación legislativa<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2012], pp. 15.

<sup>244</sup> Al respecto Guillaume Boccara e Ingrid Seguel-Boccara, señalan que: “(...) al no reconocer la existencia de <<pueblos indígenas>>, la ley se ubica en una posición bastante conservadora respecto de las normativas internacionales vigentes. (...) Notemos que el hecho de hablar de <<etnia>> y no de <<pueblo>>, no solamente remite a un problema jurídico. Tiene que ver también con las luchas de clasificación que se ubican en la base de la reproducción del orden legítimo y dominante. Así, calificar a los indígenas de <<etnias>> es hacerlos existir en tanto que <<etnias>>, es decir como agrupaciones políticas pre-estatales, pre-modernas. Por lo tanto es reafirmar de manera sutil que su identidad es pre-nacional”. Ver: BOCCARA, Guillaume y SEGUEL-BOCCARA, Ingrid. Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX). De la asimilación al pluralismo. Revista de Indias. 217 (59): 741-774, 1999.

<sup>245</sup> “Artículo 1º.- Se entenderá por Pueblos Indígenas a los descendientes (...)”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley N° 19.253, 1993, [en línea]. [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19253&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19253&anio=2012) [consulta: 19 marzo 2012].

<sup>246</sup> Al respecto, durante la tramitación legislativa el entonces Diputado José Antonio Viera-Gallo del Partido Socialista, señalaba que: “(...) Hay dos formas equivocadas de enfrentar el problema de la pluralidad cultural de una nación y de la existencia de pueblos indígenas:

Un primer enfoque, es negar la realidad y decir, amparándose en la igualdad formal de la ley, que todos son exactamente lo mismo y, por tanto, con una voluntad de asimilación de la cultura indígena a la cultura dominante, negando la realidad específica, histórica, experiencia, valores, creencias, lengua y cultura de esos pueblos. Esa fue por largo tiempo la política oficial de los gobiernos chilenos en el período pasado. Son numerosas las reiteraciones durante el período del General Pinochet, en las cuales en la práctica se negaba la existencia de los pueblos indígenas y la pluralidad cultural y racial de Chile.

Un segundo enfoque equivocado, es reconocer esa realidad distinta, pero hacer de esa distinción una discriminación en la norma, de tal manera de establecer estatutos jurídicos completamente separados, como quién dijera varios Chiles distintos. Y tenemos la expresión máxima de esa segregación o discriminación jurídica en el caso del Apartheid en Sudáfrica, donde la diferencia se hace una norma y se pretende que entre las distintas realidades culturales no exista ninguna forma de contacto ni de comunicación, y al final de cuentas, ni de proyecto común.

2. Las limitaciones realizadas por el Congreso a las áreas de desarrollo indígena, las que contemplaban mayores grados de autogestión para sus comunidades.
3. La eliminación del proyecto de ley, del capítulo referido a los jueces de paz indígenas, “a través del cual se pretendía dar reconocimiento a las formas de resolución de conflictos menores aún subsistentes en las comunidades de modo de dar cabida al derecho propio o consuetudinario indígena”<sup>248</sup>.

A las críticas señaladas, Guillaume Boccara e Ingrid Seguel-Boccara<sup>249</sup>, plantean cuatro más que considero relevantes. La primera apunta a que la Ley Indígena, debió reconocer los tratados firmados entre las naciones indígenas y la Corona Española. En segundo lugar, el no reconocimiento del pluralismo jurídico y el mínimo valor que se le da en la aplicación del derecho a la costumbre indígena<sup>250</sup>. Como tercer punto, el hecho de que la educación bilingüe es determinada por el Estado de forma unilateral. Y como cuarto aspecto, expresan que el fenómeno de población indígena urbana, no es considerado por la ley.

Una última crítica que me parece relevante, es la realizada por John Charney, la que dice relación, con el hecho de que en la Ley Indígena existen contradicciones en la forma en que se regulan instituciones y el entendimiento que tienen de ellas las

---

Por una parte, la asimilación pura y simple a la cultura dominante; y por la otra, la segregación jurídica y política de las comunidades y de los pueblos indígenas son dos enfoques absolutamente equivocados (...) Por eso, comprendo pero lamento que no se haya usado el concepto de “pueblos indígenas” en la nueva legislación. Evidentemente en el Convenio 169 de la OIT que reconoce la existencia de estos pueblos y es el instrumento más avanzado en el derecho internacional sobre la materia, se sostiene con toda claridad que el concepto de “pueblo” allí utilizado no tiene la misma acepción que el concepto de “pueblo” a nivel de derecho internacional. Por tanto no entraña de por sí ningún tipo de amenaza a la unidad nacional. En eso los sectores de la oposición se han equivocado al negarse a utilizar este concepto en la nueva legislación”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley N° 19.253, 1993, [en línea]. [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19253&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19253&anio=2012) [consulta: 19 marzo 2012], p. 169.

<sup>247</sup> Ello ocurrió en el seno de los acuerdos que se lograron en la Comisión Especial de Pueblos Indígenas que conformo la Cámara de Diputados para el análisis del proyecto de ley presentado por el ejecutivo.

<sup>248</sup> AYLWIN, José. Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual [en línea]. <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2012], pp. 15.

<sup>249</sup> BOCCARA, Guillaume y SEGUEL-BOCCARA, Ingrid. Ob. cit., pp. 772-773.

<sup>250</sup> Ver: CABEDO, Vicente. Ob. cit., pp. 268-270.



comunidades indígenas. Un ejemplo de ello sería el caso de la propiedad comunitaria<sup>251</sup>.

Finalmente, durante los últimos años, y por la influencia de las organizaciones indígenas, la presión de los organismos internacionales y la evolución del derecho internacional en la materia, la variable indígena a permeado la actividad legislativa nacional, incorporándose la diversidad cultural en diversas disposiciones legales<sup>252</sup>.

Por ejemplo:

1. Ley N° 19.947 de 2004, nueva Ley de Matrimonio Civil, señala en su artículo 13° que: “Las personas pertenecientes a una etnia indígena, según el artículo 2° de la ley N° 19.253, podrán solicitar que la manifestación, la información para el matrimonio y la celebración de éste se efectúen en su lengua materna”.
2. Ley N° 20.246 de 2008, que crea el espacio costero marítimo de los pueblos originarios, denominada Ley Lafkenche<sup>253</sup>. En el cuerpo normativo, se utiliza por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno el término de “pueblos originarios” y alude al uso consuetudinario del territorio.
3. Ley N° 20.370 de 2009, Ley General de Educación, establece en su artículo 4°, inciso 7°, que: “es deber del Estado promover políticas educacionales que reconozcan y fortalezcan las culturas originarias”. Le corresponde al Consejo Nacional de Educación, en todas las modalidades de educación escolar, según el artículo 52°, letra b, “aprobar o formular observaciones a las adecuaciones curriculares para poblaciones específicas, incluidas, entre otras, los pueblos originarios y los talentos. En materia de supervivencia del idioma de los pueblos indígenas, el artículo 28, promueve como objetivo la enseñanza de las lenguas indígenas en los establecimientos que presenten un alto porcentaje de alumnos.

---

<sup>251</sup> Sobre éste punto ver: CHARNEY, John. Ob. cit., pp. 106-107.

<sup>252</sup> Sigo en éste punto los ejemplos dado por Manuel Núñez, en: NÚÑEZ, Manuel. Ob. cit., pp. 43-44.

<sup>253</sup> Al respecto, consultar: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, pp. 163-167.

4. Ley N° 24.417 de 2010, que creó la nueva institucionalidad ambiental, modificó el artículo 4 de la Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, agregando el siguiente párrafo: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Además el artículo 11 de la ley, con el artículo 9 del Reglamento de la misma, han venido a conformar lo que se ha denominado como la “variable antropológica”<sup>254</sup>, que busca incorporar al proceso de evaluación ambiental los derechos de los pueblos indígenas.

Tal como señala Manuel Núñez<sup>255</sup>: “El resto de la normativa legal dictada después de la Ley núm. 19.253 se refiere a asuntos marginales, tales como el uso del espectro radioeléctrico para la radiodifusión comunitaria (Ley núm. 20.433, D. Oficial de 4 de mayo de 2010, art. 4°), el fomento para la recuperación del bosque nativo por pequeños propietarios forestales (Ley núm. 20.283, D. Oficial de 30 de julio de 2007), el acceso al mercado de los productos “orgánicos” (Ley núm. 20.089, D. Oficial de 17 de enero de 2006), la representación de las comunidades indígenas en comités consultivos para la cultura y las artes o la formación de fondos para promover la cultura de esos pueblos (Ley núm. 19.891, D. Oficial de 23 de agosto de 2003) y la participación indígena en las organizaciones comunitarias (Ley núm. 19.418, D. Oficial de 9 octubre de 1995)”.

---

<sup>254</sup> Al respecto consultar: YAÑEZ, Nancy (coord.). Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas, 2004, [en línea]. <<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=2006020103264>> [consulta: 12 de abril 2012].

<sup>255</sup> NÚÑEZ, Manuel. Ob. cit., pp. 43-44.

### 2.3.1.2. Proceso de aprobación legislativa del Convenio N° 169 de la OIT.

El proceso de aprobación por parte del Congreso Nacional del Convenio N° 169<sup>256</sup> de la OIT, se extendió desde 1990 hasta el año 2008. Como se puede apreciar fue un proceso largo. El día 21 de diciembre del año 1990, el Gobierno del Presidente don Patricio Aylwin Azocar, envió al Congreso, el proyecto de acuerdo del Convenio N° 169 con un mensaje, que al parecer presagiaba el principal punto de discordia que tendría y sobre el cual la derecha chilena se centraría y pondría todos los obstáculos posibles para su aprobación. El mensaje al indicar al Congreso el ámbito de aplicación del Convenio señalaba:

“(...) el Convenio, en el mismo artículo 1° dispone “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 termino en el Derecho Internacional”.

Esta norma constituye un marco de referencia importante para todo Estado que decida incorporarse al Convenio, dándole un límite claro, por lo menos en lo conceptual, a su aplicación y a sus eventuales efectos en el tiempo. En otras palabras la intención o el objetivo manifiesto del Convenio es no crear situaciones, no obstante la reglamentación propuesta, que puedan poner en peligro la unidad de los Estados o su integridad territorial. Más aún, podría sostenerse que en este sentido, al intentar mejorar o superar la posición relativa de ciertos grupos étnicos, el Convenio, está sirviendo de freno a cualquier tendencia separatista, pues propicia una mayor participación de estos pueblos en el quehacer nacional cuando este los afecte”<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Sobre los principales aspectos jurídicos del Convenio, me remito a lo ya expuesto en el punto 1.6.1. del Capítulo I del presente trabajo.

<sup>257</sup> En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia del Decreto N° 236, Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, 2008, [en línea]. <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX2&nro\\_ley=236&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX2&nro_ley=236&anio=2012)> [consulta: 22 de abril 2012].

Los representantes de la derecha, principalmente los del partido Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional, se opusieron férreamente a la aprobación del Convenio, utilizando argumentos muy variados, que oscilaban desde una negación de la diversidad cultural de Chile<sup>258</sup>, la poca “conveniencia” de tratamientos diferenciados a los pueblos indígenas<sup>259</sup> y la preocupación de que el Convenio se pudiera interpretar como derechos de autogobierno de los pueblos indígenas<sup>260</sup>. Argumentaban que éste era inconstitucional, y alteraba las bases de la institucionalidad política chilena.

---

<sup>258</sup> El Diputado Gonzalo Ibáñez, del Partido Unión Demócrata Independiente, durante la Discusión en Sala del Convenio N° 169, en la sesión N° 39, del 11 de abril del año 2000, señala que: “(...) considero inapropiado vernos abocados a discutir un convenio como el que ahora se nos presenta. No necesitamos para nada que vengan de afuera a darnos lecciones de cómo tratar en justicia y derecho a quienes componen nuestra patria, y menos a los grupos indígenas que habitan entre nosotros como parte de éste único cuerpo social, cultural y político que es Chile. Lo único que puede resultar de la aplicación de este Convenio entre nosotros, es dar pie para que nuestro país sea objeto de una nueva intervención proveniente de esta legión de personas y organismos que, por dentro de nuestras fronteras y fuera de ellas, sólo busca desestabilizar y crear condiciones de caos y anarquía, porque es en esas condiciones en que ellos se solazan”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia del Decreto N° 236, Ob. cit., pp. 94-95

<sup>259</sup> El Diputado del Partido Político Renovación Nacional, Gustavo Alessandri, durante la Discusión en Sala del Convenio N° 169, en la sesión N° 34, del 22 de marzo del año 2000, señala que: “Por el contrario, el Convenio que cuya tramitación tratamos hoy, tiende, sin rodeos, a fortalecer minorías y a consagrar el principio de que las etnias son una parte de la nación, impermeable a su integración y a toda política de fusión cultural. Éste es, precisamente, el porqué de que el proyecto sea altamente inconveniente para países que, como el nuestro, están siendo objeto en estos días de una labor de zapa en su dignidad nacional y paz social (...) Desde mi punto de vista, el problema de fondo es que, en virtud de esta legislación y otras que se han intentado poner en vigencia últimamente, se esta segregando nuestra nación y no integrándola, como debería suceder”. El argumento anotado, es muy similar a los utilizados por algunos representantes del partido Conservador en los Estados Unidos, tal y como apunta, Nancy Fraser: “En debates estadounidenses recientes, por ejemplo, algunos conservadores han afirmado que la discriminación racial acabó con la desaparición de Jim Crow, por lo que la discriminación positiva es innecesaria, injustificada y una violación de la dignidad de las minorías: así apelan a la ausencia de una jerarquía de estatus racial, jurídicamente codificada, con el fin de enmascarar formas nuevas de racismo y de desacreditar las iniciativas orientadas a remediarlo, al tiempo que insinúan que las desigualdades raciales restantes reflejan auténticas disparidades de competencia y capacidad. En casos como éste, los ideales liberales igualitarios contribuyen al proceso mediante el que se elaboran y reproducen las formas característicamente modernas de subordinación de estatus en la sociedad capitalista”. En: FRASER, Nancy. Ob. cit., p. 60.

<sup>260</sup> En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia del Decreto N° 236, Ob. cit., p. 48. El Diputado Haroldo Fossa, del Partido Renovación Nacional, durante la Discusión en Sala del Convenio N° 169, en la sesión N° 35, del 23 de marzo del año 2000, señala que: “Nuestras etnias no resuelven sus problemas a través de este tratado. Por el contrario, se complican. Mi interpretación, como la de muchos que he consultado, es que categóricamente contiene una idea de independencia, de pueblo, de un estado dentro de otro, y esto, a mi juicio,

Así el año 2000 luego de la aprobación del Convenio en la Cámara de Diputados, 31 diputados, todos pertenecientes a partidos de derecha, presentaron ante el Tribunal Constitucional, un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, por razones de fondo y de forma. En la forma, argumentaban que el Convenio se debió aprobar con rango de ley orgánica constitucional y no simple, como lo fue. En el fondo, solicitaban que todo el Convenio se declarará inconstitucional por contravenir las Bases de la Institucionalidad. Según lo requirentes, El Convenio interpone entre el Estado y los chilenos de origen indígena a los “pueblos indígenas”, a quienes se les transfieren atribuciones que implican un claro ejercicio de soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos y los derechos de los nacionales de origen indígena. Para los requirentes esto implica crear entes colectivos a los que se les atribuye competencias y limita el ejercicio del poder público, lo que no se encuentra contemplado por la Constitución y –según ellos- sería contraria a la misma<sup>261</sup>.

El 4 de agosto del año 2000, el Tribunal Constitucional, resolvió el requerimiento presentado, rechazándolo en su integridad. Como criterios para argumentar su rechazo, señaló que había que diferenciar las normas que fueran autoejecutables de las disposiciones programáticas y que muchas de las normas del Convenio salvan su constitucionalidad al estar sujetas a una posible compatibilidad en el caso concreto con la constitución.

La sentencia del Tribunal Constitucional, ha recibido múltiples críticas, tanto por quienes consideraban que el Convenio N° 169 debía ser declarado inconstitucional<sup>262</sup>, como por quienes entienden que la interpretación que hace el Tribunal del Convenio, le resta eficacia y restringe notoriamente su posterior aplicación. Desde esta óptica, para autores como Vicente Cabedo, el fallo del Tribunal principalmente al declarar compatible con la Constitución sólo en la medida que ello sea posible, los artículo 9° y

---

es inadmisibles. No lo permite la Constitución ni podríamos darle tal carácter”. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia del Decreto N° 236, Ob. cit., p. 83..

<sup>261</sup> El requerimiento se puede consultar en la página web del Tribunal Constitucional, en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=309>.

<sup>262</sup> Sobre las críticas que ha recibido la sentencia, por salvar la Constitucionalidad del Convenio N° 169, ver: DONOSO, Sebastián. Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro, 2008, [en línea]. <http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20100623180129.pdf> [consulta: 2 mayo 2012].

10° del Convenio<sup>263</sup>, deja patente que el monismo jurídico es parte esencial de la institucionalidad chilena<sup>264</sup>.

Además, la sentencia en comento ha sido criticada por que: “(...) el Tribunal en su intención de armonizar el Convenio con la Constitución, pretendió negar algo que aquel establece con toda claridad: que a quienes se confieren derechos y se transfieren potestades y atribuciones públicas es a los pueblos. Asimismo violó la Convención de Viena que establece claramente las reglas de interpretación de tratados internacionales, que entre otras cosas, establece como parte del texto del mismo su Preámbulo, que en el Convenio N° 169 es inequívoco al respecto”<sup>265</sup>. En ese mismo sentido, señala Matías Meza-Lopehandía que el tribunal en su sentencia obvia que la voz “pueblos” fue limitada en el convenio para evitar eventuales procesos separatistas, pero en ningún caso para socavar la naturaleza jurídica del grupo, el que se reconoce como tal y por ende es sujeto de derecho<sup>266</sup>.

El Tribunal constitucional, en su sentencia del año 2000<sup>267</sup>, deja en evidencia la tensión que existe en la relación entre las normas y principios que establece la Constitución Política de la República y el Convenio N° 169, optando por limitar y restringir el último, para que éste pudiera declararse constitucional. No era posible que el Tribunal Constitucional declarara constitucional el Convenio, sin que tuviera que limitarlo y

---

<sup>263</sup> En el artículo 9° del Convenio, se establece el deber del Estado, por una parte, de respetar los métodos utilizados por los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, y, por otra, de tener en cuenta las autoridades y tribunales estatales las costumbres de los pueblos indígenas en materias judiciales. En el artículo 10°, se establece la necesidad de que los procesos penales, tomen en cuenta, al momento de imponer sanciones, las características económicas, sociales y culturales del pueblo al que pertenece el indígena imputado, dando preferencia a sanciones diferentes a las de privación de libertad.

<sup>264</sup> CABEDO, Vicente. Ob. cit., pp. 270-274. Para él, es precisamente situaciones como ellas, las que ameritan de forma urgente: “(...) la incorporación en la Constitución del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, junto con una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a su propio Derecho y a su propia jurisdicción”.

<sup>265</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno. 2010, [en línea]. <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2012], p. 138.

<sup>266</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. (2010) Ob. cit., p. 139.

<sup>267</sup> El mismo argumento se puede utilizar para el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del año 2008, una vez que el Convenio ya había sido ratificado por el Congreso Nacional, que tuvo conforme al control obligatorio de los tratados internacionales que contienen normas de naturaleza orgánicas constitucionales.

restringir sus alcances. Las preguntas que surgen al respecto, son: ¿Bajo que prisma interpretarían los tribunales de justicia chilenos, la aplicación del Convenio? ¿Aplicarán el Convenio N° 169, según sus alcances originales o lo limitarán bajo los criterios señalados por el Tribunal Constitucional?

En ese sentido, Matías Meza-Lopehandía<sup>268</sup>, señala que el Convenio N° 169 al ser declarado constitucional, ha ingresado al sistema normativo chileno, quedando su contenido y alcance determinado por la jurisprudencia internacional, por lo que éste al ser un tratado internacional que versa sobre derechos humanos, tiene el efecto de limitar el ejercicio de la soberanía nacional.

Otra respuesta posible, y basada en la idea de identidad constitucional<sup>269</sup>, sería que en el caso que no se pueda conciliar la norma internacional con el Derecho nacional, se justifica que el juez nacional prefiera la aplicación de las normas internas sobre las internacionales.

Al ser un tema abierto, cobra relevancia la necesidad de una reforma constitucional que abra el techo ideológico de la Constitución y permita la perspectiva multicultural dentro de la misma.

Luego de la aprobación del proyecto por parte de la Cámara de Diputados y Sentencia del Tribunal Constitucional, recién el año 2007 se reactivó la discusión del Convenio en el Senado, debido a una creciente movilización y protesta de las organizaciones indígenas en Chile, principalmente del pueblo Mapuche y Rapa Nui. En éste contexto los partidos políticos de la Concertación por la Democracia y de la Derecha alcanzaron un acuerdo político, bajo la condición de que en la aprobación del Convenio, se incluyera una declaración interpretativa del artículo 35 del mismo. Dicha declaración señala lo siguiente:

“El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio N° 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una

---

<sup>268</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. (2010) Ob. cit., p. 140.

<sup>269</sup> Al respecto ver: NÚÑEZ, Manuel. Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona. Revista Iut et Praxis. 2 (14): 331-372, 2008.

declaración interpretativa del artículo 35 del referido instrumento internacional, en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Sin embargo, el acuerdo precitado no se vio reflejado en la aprobación del Convenio, no pudiendo ser de otra forma “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 solo puede sugerir reservas 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 instrumento o de su respectiva ratificación para menoscabar derechos reconocidos de otro modo”<sup>270</sup>.

Las gestiones para limitar el alcance del Convenio N° 169 siguieron hasta el depósito mismo del Convenio en la OIT en su sede en Ginebra, el día 8 de agosto del 2008<sup>271</sup>, ya que se incluyó en el depósito un intercambio epistolar entre el Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera Gallo y el Director de la Oficina sub-regional de la OIT para el Cono Sur. En dicho intercambio, el Ministro chileno, señalaba a la OIT la declaración interpretativa que había realizado el Congreso sobre el artículo 35 del Convenio. Con esta acción el gobierno buscaba que la OIT tuviera presente la declaración interpretativa del artículo 35 del Convenio, al momento del depósito del tratado internacional.

Sin embargo, para la OIT la acción de la Presidencia de la República de Chile, violaba el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, exigiendo un nuevo depósito del Convenio por parte de Chile, el que fue realizado sin más que la aprobación del Congreso el día 15 de septiembre de 2008.

---

<sup>270</sup> SILVA, Hernando. El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT. 2010, [en línea]. <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2012], p. 101.

<sup>271</sup> Al respecto ver: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, 184p. SILVA, Hernando. El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT. 2010, [en línea]. <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2012].



Con todo lo anterior, mediante el Decreto N° 236 se promulgó el Convenio N° 169 de la OIT, publicado en el Diario Oficial el día 14 de octubre de 2008 y entró en vigor 12 meses después de dicha fecha.

### **2.3.2. Reformas Constitucionales truncadas y en tramitación.**

El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de Chile y por ende de los pueblos indígenas, ha sido propuesto por parte del ejecutivo y de legisladores particulares al Congreso Nacional en múltiples oportunidades<sup>272</sup>. Sin embargo todas ellas han tenido el mismo resultado: dilación y rechazo por parte de los partidos de la derecha chilena, en particular, de parte de la Unión Demócrata Independiente.

Reformar la Constitución, para incorporar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, es una de las principales demandas de los movimientos indígenas de Chile<sup>273</sup>. Además, dicho punto ha sido recomendado y observado al Estado Chileno por parte de Organismos Internacionales protectores de los Derechos Humanos.

---

<sup>272</sup> Sin ánimo exhaustivo, los proyectos de reforma constitucional mas relevantes son: i. Ingresada por el Presidente de la República, don Patricio Aylwin el 7 de enero de 1991 (Boletín N° 513-07); ii. Presentada por el Diputado Francisco Huenchumilla, de la Democracia Cristiana, en el año 1999; iii. Presentada por el Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el año 1999 y reimpulsada el año 2002 por el Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar; iv. Proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento de los pueblos indígenas, moción presentada por los senadores Andrés Allamand, Carlos Cantero, Alberto Espina, José García y Sergio Romero, el 6 de septiembre de 2007 y refundida con el mensaje presentado por la ex Presidenta de la República Michelle Bachelet el 23 de noviembre de 2007 (Boletines Legislativos Nos 5324-07 y 5522-07, refundidos), el que se encuentra actualmente en tramitación legislativa (primer tramite constitucional).

<sup>273</sup> Ello es reconocido en el mensaje del proyecto de reforma constitucional que fue presentada por la ex Presidenta de la República de Chile, Michelle Bachelet, el que señala: "Los fundamentos de esta propuesta son los siguientes: 1. Demanda de los pueblos indígenas. En el pasado We Tripantu de 2006, o año nuevo indígena, se hizo un llamado a todas las organizaciones, dirigentes, comunidades, mujeres y hombres indígenas de este país para participar de un gran proceso de dialogo en torno a los intereses y propuestas de los Pueblos Originarios de Chile. Este proceso se denominó Debate Nacional de los Pueblos Indígenas, y participaron más de doscientas organizaciones indígenas pertenecientes a los nueve pueblos originarios de Chile. En sus conclusiones, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas fue uno de los temas exigidos, abarcando desde su inmediata exigencia hasta la necesidad de consensuar una indicación que contenga los elementos centrales requeridos para satisfacer los años de espera. Del estudio de estas propuestas, así como de las discusiones

El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas, en uno de sus informes sobre Chile, en el año 2003, señala como una de sus recomendaciones y hace un llamado al Congreso de Chile para que apruebe a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena<sup>274</sup>. Ello por cuanto, considera el Relator Especial que toda la problemática indígena:

“(…) se da en un marco legislativo ambiguo y poco conducente, hasta ahora, la protección de las identidades de los pueblos originarios. La Ley Indígena en su redacción actual no contempla adecuadamente los mecanismos de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y ello también ha

---

legislativas efectuadas durante estos años, se concluye que el elemento común es la falta de acuerdos en torno a sus alcances, contenidos y texto. Esta ha sido una larga discusión, con encuentros y desencuentros, marcada por las diferentes formulas jurídicas que permitieran llegar a un consenso político. Esto no ha sido posible en dieciséis años”. Por ello, llama profundamente la atención, que el proyecto de reforma constitucional fuera enviado al Congreso Nacional, sin la debida consulta a las organizaciones indígenas. Ello es una queja de parte de muchas, las que además no se encuentran conformes con el proyecto enviado al Congreso. En ese sentido, en el último informe sobre Chile, del Relator especial de la ONU para los pueblos indígenas, James Anaya, en el año 2009, se puso atención sobre éste punto, diciendo: “En el curso de la visita del Relator Especial, el 7 de abril de 2009, el Senado de la República votó afirmativamente sobre la idea de llevar a cabo una reforma constitucional en materia indígena, sobre la base de una iniciativa legislativa promovida por el Gobierno en acuerdo con una comisión del Senado. El Relator Especial nota que dicha iniciativa podría representar un paso importante hacia el cumplimiento de la recomendación del anterior Relator Especial de “[aprobar] a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena” (...) En su comunicado de prensa al concluir la visita a Chile el 7 de abril de 2009, el Relator Especial señaló su “preocupación por algunos aspectos de la propuesta, sobre todo la falta de un consenso con las organizaciones y dirigentes del país”. Asimismo, enfatizó que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que se conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”. Ver informe completo en: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, 2009, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

<sup>274</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. 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, 2003, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

conducido a un sentimiento ampliamente expresado por los representantes indígenas entrevistadas por el Relator Especial, que la actual ley no les brinda suficiente protección. Es por ello, y también por otras consideraciones que tienen que ver con la posición de exclusión social, marginación y subordinación que los indígenas ocupan en la sociedad chilena, que estos demandan su reconocimiento constitucional en el Estado”<sup>275</sup>.

Asimismo, en las propuestas del Informe final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, se planteaba la necesidad de reformar la Constitución Política de la República, para que se reconociera constitucionalmente la diversidad cultural de Chile. En dicho informe, se señalaba lo siguiente:

“Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, que:

-Declare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias.

-Declare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligados por una continuidad histórica.

-Establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto a la autonomía de sus miembros; y que

-En consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas, de conformidad a las propuestas que en ese sentido se detallan más adelante”<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. (2003) Ob. cit., p. 16.

<sup>276</sup> EGAÑA, Rodrigo. Ob. cit., p. 535.

Luego, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato proponía dar rango constitucional a una serie de derechos colectivos, que son de participación política, culturales, derecho consuetudinario indígena y de protección de tierras y territorios. Ésta propuesta, como tal, no se cristalizó en un proyecto de reforma constitucional concreto, es decir, que recogiera todos los aspectos de la misma y se puede considerar como la más completa y ambiciosa elaborada por una Comisión creada por el propio el Estado.

Ahora bien, en cuanto a las propuestas que se ha discutido en el Congreso Nacional surgen las siguientes preguntas: ¿Qué ópticas han seguido los proyectos de reforma constitucional, para el reconocimiento de la diversidad cultural de Chile? ¿Cuáles han sido los principales argumentos dados en el Congreso Nacional para no reformar la Constitución Política de la República, en el sentido de incorporar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas?

Las propuestas que se han presentado hasta ahora, para el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, han seguido dos visiones ideológicas distintas, aunque siempre transitando dentro del liberalismo, desde su versión clásica más arquetípica a una con tímidos rasgos de liberalismo igualitario. El punto central y de principal tensión entre estas dos visiones, es si se reconoce el sujeto colectivo de “pueblos indígenas” o el reconocimiento, sólo pasa porque se incorpore a la constitución la diversidad de origen de los chilenos. En ese sentido, Jorge Faundes señala:

“Los proyectos de reforma y sus respectivas indicaciones, mas allá de una u otra redacción pueden sintetizarse en dos tendencias ideológicas: Por una parte, la propuesta de Aylwin de 1991, Huenchumilla de 1999 y del ejecutivo del mismo año, reimpulsada el año 2002, genéricamente: reconocen la diversidad étnica y cultural de nuestra sociedad, a través de la existencia de “pueblos indígenas” que forman parte de la Nación chilena y habitan su territorio. La segunda tendencia, en general, sostenida a partir de los proyectos e indicaciones del bloque conservador, pretende establecerla en términos tales que se consagre constitucionalmente que la <<nación chilena es indivisible>> y

que el Estado “reconoce la diversidad de origen de los chilenos”, dado que los indígenas “constituyen parte esencial de las raíces de la Nación Chilena”<sup>277</sup>.

A la primera tendencia, se puede sumar, en sus orígenes, el proyecto que presentó la ex Presidenta Michelle Bachelet y que se encuentra actualmente en tramitación. Sin embargo con las indicaciones que éste ha sufrido, se podría señalar que se ha transformado en un proyecto híbrido jurídicamente, ya que por un lado reconoce el sujeto colectivo “pueblos indígenas”, pero al mismo tiempo señala que la “nación chilena es indivisible”<sup>278</sup>.

Los argumentos utilizados por el bloque de derecha para no reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas<sup>279</sup>, han consistido en señalar lo inficioso de ello, su preocupación por un posible movimiento separatista indígena<sup>280</sup>, la necesidad de unidad nacional<sup>281</sup> y lo inconveniente del reconocimiento de derechos

---

<sup>277</sup> FAUNDES, Jorge. Ob. cit., p. 302.

<sup>278</sup> El texto de “consenso” que esta pendiente de aprobación final en el Congreso Nacional, reformaría el artículo 4 de la Constitución por el siguiente: “La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.

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”. Ver: Congreso Nacional, tramitación proyecto de ley, Boletines Nos 5324-07 y 5522-07. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>279</sup> Una exposición clara de la postura de la Derecha, la entrega el Senador Hernán Larraín, de la Unión Demócrata Independiente, durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional, que se encuentra vigente. En la votación del proyecto de acuerdo, el día 17 de marzo del 2009. Ver: Congreso Nacional, tramitación proyecto de ley, Boletines Nos 5324-07 y 5522-07. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>280</sup> Llama profundamente la atención que la derecha recurra tanto a éste argumento, ya que él no tiene sentido jurídico alguno, salvo de tipo comunicacional, tomando en consideración que para el derecho internacional, es absolutamente claro que los pueblos indígenas no tienen derecho a la secesión, para un caso como el de Chile. Sobre ello, ver el punto 1.5. del capítulo primero del presente trabajo. Como muy bien señala Faundes: “En definitiva, puede afirmarse que al reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas no se pone en riesgo la integridad territorial ni la soberanía del Estado y tampoco implica dar pie al derecho a la independencia”. En: FAUNDES, Jorge. Ob. cit., p. 305.

<sup>281</sup> En el debate de la Comisión del Senado realizado en el marco del proyecto presentado por el ex Presidente Ricardo Lagos, el entonces Senador Julio Canessa Robert quién llegó al Congreso en marzo de 1998 luego que el Consejo de Seguridad Nacional, lo designara como senador institucional, debido a su calidad de ex vicecomandante en jefe del Ejército, sobre la reforma propuesta, “expresó que este tema compromete la unidad nacional. Manifestó que su

colectivos para los pueblos indígenas<sup>282</sup>. Además, estos argumentos, ocultan, la preocupación del sector sobre que el reconocimiento constitucional sumado a los tratados internacionales sobre la materia, puede llevar a que en Chile exista un cambio importante en materia de propiedad, siendo ello –desde su óptica- nocivo para el normal funcionamiento del mercado y de la economía nacional.

Así, la posición de la derecha chilena, se ancla en los principios y valores establecidos en la Constitución de 1980 y han usado todos los mecanismos contra mayoritarios que ella franquea, para impedir que se reforme y se incorpore un reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas.

---

preocupación está centrada en el progreso, bienestar y desarrollo individual, familiar y colectivo de todos y cada uno de los chilenos, sin distinción de su ascendencia racial, de su clase social o de la religión que profese. La Nación chilena es una realidad social y cultural cuya unidad le parece irrenunciable, la que se ha ido formando a lo largo de 450 años de vida común, en que los elementos precolombinos y los procedentes de Europa se han fundido en una realidad nueva, cada vez más homogénea y con características propias. Está orgulloso de este proceso de integración que ha acogido a todos en una patria común. Por ello resultaría artificial el empeño en separar a los chilenos según su procedencia étnica, lo que considera una expresión de racismo, causa de un conflicto que puede llegar a convertirse en el fenómeno más importante del siglo XXI: el desgarramiento de la unidad nacional, con las consecuencias internas y externas que cualquiera puede imaginar. Si hay acuerdo en que la Nación chilena es una e indivisible, no divisa necesidad de modificar la Constitución, y respecto a los compatriotas de ancestro indígena, el deber del Senado es tomar decisiones que los favorezcan, integrándolos y no segregándolos, que es lo que se hace al distinguir o clasificar a los chilenos según su origen racial". En: PFEFFER, Emilio. Reformas Constitucionales 2005. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 546.

<sup>282</sup> En el debate de la Comisión del Senado realizado en el marco del proyecto presentado por el ex Presidente Ricardo Lagos, el Senador Hernán Larraín Fernández, representante del Partido Unión Demócrata Independiente, "estimó que la voz "pueblos" tiene hoy una connotación jurídica especial que la vincula a la calidad de "sujeto de derechos" y, por ende, a la consecuente aspiración a la autonomía. Si se la usara en su sentido meramente antropológico, no vería problemas, pero todas las dudas son valederas si se intenta incorporarla en un cuerpo eminentemente jurídico, como es la Carta Fundamental. Tan reales son estas dudas, que la propia OIT en el Convenio N° 169 hizo una expresa salvedad en cuanto a que el término en cuestión no debería entenderse, en el ámbito regulado por esa convención, en el sentido que se le da en el Derecho Internacional. Destacó que esto es especialmente complejo en el caso de la Isla de Pascua, donde el reconocimiento del carácter de pueblo de la etnia rapa nui podría favorecer los reclamos por reforzar su identidad y, eventualmente, su autonomía. En: PFEFFER, Emilio. Reformas Constitucionales 2005. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 547-548.

### **2.3.3. Reformas constitucionales en democracia: ¿nueva constitución?**

Desde la entrada en vigor la Constitución Política de 1980, el día 11 de marzo de 1981, ha sido objeto de múltiples reformas. En el año 1989, se introdujeron 54 enmiendas, con las cuales se selló el pacto entre la Dictadura militar de Augusto Pinochet y la Concertación de Partidos por la Democracia<sup>283</sup>. Dichas reformas comenzaron a regir el día 11 de marzo 1990.

Dentro de estas reformas, esta la del artículo 5° de la Constitución, al que se le incorporó el inciso segundo que señala:

“El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Mediante dicha reforma, según Francisco Cumplido, Ministro de Justicia del ex Presidente Aylwin y parte del grupo que negoció los cambios constitucionales con la Dictadura Militar, desde una posición iusnaturalista, expone sobre el sentido que le dieron al artículo 5° precitado:

“Cuando estudié el problema, tuve presente que tanto en la Constitución de 1925, como en la de 1980, la doctrina incorporada a ellas era la de la existencia de los derechos humanos anteriores al Estado y que, por consiguiente, las Constituciones lo único que hacían era asegurarlos, y se asegura lo que ya existe. Ambas Constituciones, adhiriendo a la preexistencia de los derechos al Estado, los incorporaban a la Constitución para proclamarlos, protegerlos y

---

<sup>283</sup> Tal y como anota Francisco Cumplido: “La estrategia de la Concertación consistió, entonces, en introducir el mayor número de reformas que debilitaran el objetivo tenido en cuenta por los autores de la Constitución. En 1989 se concordaron entre la Concertación, el Partido Renovación Nacional y el gobierno militar 54 reformas que fueron definitivamente aprobadas por el procedimiento de las disposiciones transitorias de la Constitución, es decir, acuerdo de la Junta de Gobierno, y plebiscito. El 87,5% de los votos emitidos por los ciudadanos estuvo de acuerdo por la reforma constitucional”. En: CUMPLIDO, Francisco. Reforma Constitucional en Chile, 2005, [en línea]. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>> [consulta: 28 marzo 2012], p. 2.

promoverlos, al mismo tiempo que reglamentarlos en la normalidad y en las situaciones de excepción constitucional, como enseñaba mi maestro el Profesor Gabriel Amunátegui Jordán respecto de la Constitución de 1925.

La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5°, establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues sobre la soberanía a tales derechos. Por su parte, el Artículo 1° prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)<sup>284</sup>.

Como se puede apreciar, la reforma en comento, afianza la idea iusnaturalista de la constitución, de su carácter pre política y que protege derechos que serían supuestamente anteriores al Estado. Debiendo interpretarse el sentido dado a dichos derechos que emanarían de la naturaleza humana, en la forma en que ellos fueron concebidos por los ideólogos de la Constitución, siendo las actas de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución su expresión mas fidedigna.

Me detengo en éste punto, debido que a juicio de algunos autores, con la incorporación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, sería posible defender los derechos de los pueblos indígenas, ya que estos en virtud de los tratados

---

<sup>284</sup> CUMPLIDO, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis. 1 (9): 365-374, 2003.



internacionales que versan sobre derechos humanos<sup>285</sup>, permitirían incorporar tales derechos a la Constitución<sup>286</sup>. Difiero de dicha interpretación, aun cuando me parece del todo bien intencionada, porque los derechos de los pueblos indígenas incorporados en los tratados internacionales, colisionan permanentemente con el modelo político e ideológico creado por la Constitución de 1980, y con la reforma del artículo 5 no se logra superar dicho marco. Ello se debe a que, la reforma, es coincidente con ella, y además porque los derechos indígenas incorporados en los tratados, sólo podrían desarrollar y ampliar los derechos fundamentales que la propia constitución establece<sup>287</sup>.

Luego, durante los gobiernos de los ex presidentes Aylwin y Frei, se logró modificar el régimen de la administración local y regional, reducir el mandato presidencial de 8 a 6 años y aprobar una reforma al Poder Judicial, para la implementación de la Reforma Procesal Penal.

Sin embargo, pese a las reformas aprobadas, tal como señala Francisco Cumplido, al momento en que asumió el ex Presidente Ricardo Lagos, esto es el año 2000, subsistían los siguientes enclaves autoritarios:

“(…) la existencia de los senadores designados y vitalicios, lo que implicaba que no había una cabal representación política; el sistema electoral binominal, que no es ni mayoritario ni proporcional, sino arbitrario; el poder de seguridad en fuerzas armadas garantes de la institucionalidad y limitantes de las facultades del gobierno civil; la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional en que participaban poderes burocráticos y se podía llegar al gobierno de los

---

<sup>285</sup> Sobre la discusión que existe en la doctrina nacional, acerca de la jerarquía de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos y su incorporación al sistema de fuentes, ver entre otros trabajos, el de: CUMPLIDO, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. *Revista Iut et Praxis*. 1 (9): 365-374, 2003.

<sup>286</sup> En ese sentido ver: MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, 184p.

<sup>287</sup> En ese sentido ver: RUIZ-TAGLE, Pablo. Presentación: Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. *En su*: Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional. Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pp. 5-15.

jueces; el procedimiento de reforma de la Constitución, que pese a las anteriores modificaciones de la Carta se ha constituido en un obstáculo para que los gobiernos democráticos introduzcan modificaciones a la Constitución, a menos que los proyectos cuenten con un alto consenso, especialmente en el Senado”<sup>288</sup>.

Así en el año 2005, durante el mandato del ex Presidente Ricardo Lagos, se realizó una reforma constitucional mediante la cual se logró remover a los senadores designados y vitalicios; el poder de garante de la seguridad nacional a las Fuerzas Armadas; se reformó la integración, atribuciones y sistema de nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional; parcialmente la composición del Senado; persiste el sistema electoral binominal, pero se quitó de la Constitución.

Dichas reformas, junto a otras que se realizaron dicho año y que perfeccionan la democracia, instalaron el debate en el seno de la sociedad y en particular en la doctrina constitucional, si podíamos hablar de una nueva constitución o no.

En ese sentido el profesor Francisco Zúñiga, propone para abordar el debate realizar una distinción de planos<sup>289</sup>. Un plano sería el político-institucional y el otro, el económico-social de la Constitución. En ese sentido:

“En el plano político-institucional la Constitución Política de la República es una “nueva” Carta, ya que con la reforma constitucional de 2005 se cierra en lo formal la transición al purgar de la Constitución sus “enclaves autoritarios”, su estatuto iusfundamental transitorio, así como la firma puesta en el texto por el gobernante de la época, la Junta de Gobierno y sus ministros. En cambio en el plano económico-social (derechos civiles, orden público económico, Constitución Económica y Constitución Social) la Constitución vigente es en esencia la “vieja” Carta de 1980, en la que cristalizan, principalmente en su parte dogmática (valores, principios, derechos fundamentales y garantías), los componentes ideológicos (originalmente autoritarios, neoliberales,

---

<sup>288</sup> CUMPLIDO, Francisco. Ob. cit., p. 2.

<sup>289</sup> ZUÑIGA, Francisco. Vieja – Nueva Constitución. Estudios Constitucionales. 1(5): 349-370, 2007.

iusnaturalistas, y lejanamente corporativistas) de una refundación autoritaria del capitalismo”<sup>290</sup>.

Así la constitución con las reformas incorporadas en el 2005, sigue siendo la vieja Constitución de 1980, ideada bajo los valores y prismas ideológicos ya señalados<sup>291</sup>, que en lo social-económico, proyecta y moldea un tipo de estado monocultural y neoliberal.

Con ello, en lo que concierne a la apertura del techo ideológico de la Constitución, a la luz de las reformas que ha sufrido, en el plano de la multiculturalidad, en sus líneas gruesas, ella sigue anclada en los principios y valores construidos por los ideólogos de la Constitución de 1980. Bajo ese prisma, la legislación de tipo indígena que se ha aprobado desde 1990 en adelante, busca incorporar una perspectiva pluralista cultural –de tipo liberal igualitaria atenuada- pero sus preceptos entran en colisión constante con una Constitución, que busca idear una “nación” culturalmente igual, que reconoce derechos individuales e iguales –formalmente-, sin derechos colectivos de grupo alguno, donde uno de sus ejes fundamentales para el desarrollo económico social de quienes habitan el territorio es la propiedad privada, la libertad de empresa y la libre circulación de los bienes y la riqueza.

Esta tensión, se ve con claridad en el largo proceso de aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y en lo que ha sido su implementación en la práctica, todo ello, tomando en consideración que el Tribunal Constitucional, en los dos pronunciamientos que realizó al respecto, con el fin de compatibilizarlo con la Constitución, limitó el entendimiento del mismo en aspectos cruciales<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> ZUÑIGA, Francisco. (2007) Ob. cit., p. 351.

<sup>291</sup> Al respecto, revisar el punto 2.2 del Capítulo II, del presente trabajo.

<sup>292</sup> Al respecto, revisar el punto 2.3.1.2. del Capítulo II, del presente trabajo.

## **2.4. Desarrollo normativo en materia de inmigración.**

### **2.4.1. Panorama General.**

Las cifras del censo de población del año 2002 arrojan un porcentaje de extranjeros en el país que alcanza al 1.2% de la población, pero con un aumento del 75% respecto del censo de 1992. Dicha cifra se espera que se incremente considerablemente en el censo en curso, ya que según el Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la población actual de extranjeros en Chile debiera ser de aproximadamente 2,08%<sup>293</sup>.

Como Chile, no ha sido históricamente un país receptor de migración, ha carecido de una política integral en la materia, reaccionando política y legislativamente a los fenómenos que causa la inmigración, más que a seguir algún tipo de política pública y legislativa que aborde el tema de forma general. La tendencia universal, a la hora de elaborar una política migratoria, es armonizar la capacidad institucional del país, la política pública y la necesaria protección de los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo Chile, quizás por su condición de expulsor más que de polo de atracción, nunca ha tenido una política clara en esta materia<sup>294</sup>. Más aún, documentos históricos

---

<sup>293</sup> Se debe tener en cuenta, que en Chile existe una ausencia de datos estadísticos en la materia. La principal fuente es el Censo, pero no se ocupan otras encuestas para medir con mayor precisión el fenómeno. Al respecto ver: MACHIN, Macarena. Los derechos humanos y la migración en Chile, 2011, [en línea]. <[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen\\_ejecutivo\\_informe\\_migrantes\\_noviembre\\_2011.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen_ejecutivo_informe_migrantes_noviembre_2011.pdf)> [consulta: 20 abril 2012]. Esta ausencia de datos, es preocupante, ya que para la esfera pública política, no se reconocen los esfuerzos o problemas individuales, cuando ellos no son parte del programa de organizaciones políticas o movimientos sociales. Al respecto ver: HONNETH, Axel. Ob. cit., pp. 95-97.

<sup>294</sup> En 2001, se formó una comisión para elaborar la Política de Migración del Estado Chileno con funcionarios técnicos del Ministerio del Interior, Defensa, Trabajo y Relaciones Exteriores. A la fecha, aún no se ha evacuado un documento definitivo, no obstante, existe un instrumento de trabajo que postula la creación de un Consejo de Política Migratoria, que estaría integrado por agentes públicos del área política como administrativa y que tendría carácter de asesor del Ejecutivo. La misión de esta comisión, además de perfeccionar la legislación sobre la materia y promover la migración segura, sería garantizar ciertos principios reguladores de la gestión migratoria, entre ellos: El derecho de residencia y la libertad de circulación; La libertad de pensamiento y de conciencia; El acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas; El acceso a la justicia; La protección social de los inmigrantes; La

hablan de consideraciones que podrían considerarse racistas y que tenían como fin dotar al país de una “estructura cultural superior”.

En cuanto a la realidad actual de los inmigrantes en Chile, Macarena Machin en su estudio<sup>295</sup>, identificó que estos son objeto de segregaciones de tipo laboral y espacial, de discriminaciones por su origen y sexo, precariedad laboral y de un desigual acceso a los servicios básicos.

En el trabajo de Macarena Machin, se hace una síntesis de diversos estudios sociológicos realizados en Chile y que tienen que ver con la percepción que tienen los chilenos hacia los inmigrantes, el cual en términos generales es de rechazo. Para una mejor ilustración, cito:

“Un estudio realizado por la Fundación Ideas (2009) identifica tres categorías predominantes de discriminación: la situación socioeconómica (27,5%), la nacionalidad (18,7%) y la étnica (15,3%). En este mismo estudio se preguntó por la frecuencia de la discriminación, un 37% dijo que siempre, un 10,6% señaló que casi siempre, un 43,5% afirmó que a veces, un 13,4 % casi nunca y un 21,8% nunca. En esta línea resalta el estudio realizado por la Universidad de Chile en colaboración con la Universidad Católica (2008) donde un 27% de la población encuestada afirmó rechazar a los migrantes que viven en Chile. Este rechazo también se ha manifestado en las aulas, donde los niños y adolescentes consultados consideran que la nacionalidad peruana (32%), boliviana (30%) y en menor medida, la argentina (16%), son nacionalidades inferiores (UNICEF, 2004)”<sup>296</sup>.

En lo que se refiere a la legislación, paradójicamente y a diferencia de lo que se ha expuesto en relación a los pueblos indígenas, la primera regulación importante en materia de inmigración, fue dictada por la Dictadura Militar y es el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, conocido como Ley de Extranjería, al que, se le han introducido numerosas

---

regularidad de los flujos migratorios; Los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en Chile; La no discriminación; La reunificación familiar.

<sup>295</sup> Ver: MACHIN, Macarena. Ob. cit., pp. 42-46.

<sup>296</sup> MACHIN, Macarena. Ob. cit., p. 42.

modificaciones con el objeto de hacer la norma consonante con los Derechos Humanos y los fenómenos globalizadores y de integración mundial actual.

En el ámbito Constitucional, la carta fundamental de 1980, en su artículo 1 señala que:

“(…) el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

¿Qué entiende la constitución por comunidad nacional? Al respecto, Macarena Machin, señala que: “Comunidad nacional hace referencia a los miembros que conforman una Nación, ahora bien, este concepto tiene dos acepciones inseparables: la primera, en el ámbito del derecho político, hace referencia a la nación como el conjunto de sujetos políticos en quienes reside la soberanía constituyente de un Estado; la segunda acepción, es la que hace referencia a la nación cultural, concepto social e ideológico que define a una comunidad humana con ciertas características culturales comunes”<sup>297</sup>. Para ella, la Constitución entendería una concepción de comunidad nacional monocultural<sup>298</sup>.

Sin embargo, en la Constitución de 1980, se hizo una incorporación importante en materia de derechos para los inmigrantes. Ella dice relación con el reconocimiento al derecho de sufragio activo<sup>299</sup> a los extranjeros<sup>300</sup> que se avecinan en Chile por mas de

---

<sup>297</sup> Ver: MACHIN, Macarena. Ob. cit., p. 48.

<sup>298</sup> Anota, que es justamente esta última acepción la que ha sido cuestionada por diversos países latinoamericanos (Bolivia, Ecuador y México, entre otros) cuya composición nacional se caracteriza por la pluralidad de culturas. El resultado de estas reivindicaciones es la elaboración de constituciones donde se reconoce explícitamente su composición como nación plurinacional, pluricultural o pluriétnica. Ver: MACHIN, Macarena. Ob. cit., p. 48.

<sup>299</sup> Pablo Santolaya, señala que el derecho a sufragio es una excepción a la universalización de los derechos humanos. Afirma que: “no existe ningún país en el mundo que reconozca

5 años, tal y como se contempla en el artículo 14 del texto original de la Carta Fundamental<sup>301</sup>.

De igual forma, en este punto, resulta bastante relevante la modificación constitucional realizada en 1989 al artículo 5 de la Constitución, ya analizada en el punto 2.3.3. del

---

incondicionalmente el derecho de sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones a todos los extranjeros que se encuentren en su territorio. El punto más avanzado se encuentra en estos momentos, por una parte en Irlanda y Gran Bretaña, que proclaman tanto en su vertiente de sufragio activo como pasivo en todas las elecciones, pero exclusivamente para determinados tipo de extranjeros, por ejemplo, en el caso británico, los procedentes de Irlanda y de la Commonwealth, que constituyen lo que podríamos denominar su comunidad histórica, y, por otra parte Chile y Uruguay que lo hacen de todos los extranjeros y en todos sus procesos electorales, pero exclusivamente en la vertiente de poder elegir, no de ser elegidos, y ligado, como en el caso de Uruguay, a periodos muy largos de residencia (...). Ver: SANTOLAYA, Pablo. El Derecho de sufragio de los extranjeros. Revista de Estudios Europeos. 50: 25-34, 2008.

<sup>300</sup> Sobre el derecho de voto de los extranjeros, desde una perspectiva comparada, consultar: HERVÉ, Andrés. El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 18: 9-44, 2008.

<sup>301</sup> La Constitución de 1980, en el artículo 14, en su texto original, estableció el derecho a sufragio para los extranjeros de la siguiente forma: "Artículo 14.- Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley". Ello constituyó una innovación, en relación a lo que contemplaba la Constitución Política de 1925, ya que ésta, restringía el derecho a sufragio sólo a los ciudadanos chilenos. Al respecto el artículo 7 señalaba: "Art. 7.- Son ciudadanos con derecho a sufragio los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad y estén inscritos en los registros electorales". En la Sesión N° 72 de la Comisión Ortuzar, celebrada el 23 de septiembre de 1978, Jaime Guzmán entrega su fundamentación para esta innovación constitucional, y como se podrá ver, tiene relación con la búsqueda de conceder derecho a voto a aquellos extranjeros "ilustres" y "destacados", principalmente europeos, que llevan mucho tiempo en el país y que no están dispuestos a renunciar a su ciudadanía de origen para adquirir la chilena. Al respecto en las actas de la Comisión Ortuzar se señala: "(...) el señor GUZMAN manifiesta que correspondería consagrar la excepción y propone que se consigne que, con todo, los extranjeros tendrán derecho a sufragio en determinadas condiciones. Le parece que, desde el punto de vista doctrinario, indiscutiblemente se complica este aspecto, porque no hay duda que, si la ciudadanía es una calidad que tienen determinados nacionales y de ella emanan determinados derechos de los cuales todavía se substraerá a ciertos ciudadanos, todo el tema sigue una línea cada vez más restrictiva hasta llegar al derecho de sufragio, del cual estarán privados algunos nacionales e, incluso, algunos ciudadanos. O sea, desde el punto de vista de la doctrina, rompe la armonía tradicional; pero, desde un punto de vista práctico, le parece que el hecho de que determinados extranjeros con hondo arraigo en la vida del país por su larga permanencia en él puedan votar, es un hecho positivo para la vida cívica. En ese sentido — agrega— entre un doctrinarismo puro y las ventajas prácticas para la vida cívica, prefiere otorgar el derecho a voto a los extranjeros en determinadas condiciones". En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Artículo 14. [en línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True>> [consulta: 19 marzo 2012].

presente capítulo. Ello es importante, debido a que los derechos humanos, son inherentes a todos, sin distinción de su origen nacional, por lo que los estados deben respetarlos, sin hacer distinciones de origen al respecto.

Completando el cuadro constitucional, hay que mencionar que el año 2005, se aprobó un nuevo inciso segundo de artículo 14 de la Constitución, mediante el cual, se permite que los extranjeros que hubieren obtenido una carta de nacionalización, puedan optar a cargos públicos de elección popular, después de cinco años de estar en posesión de su nacionalización.

Desde el año 1990, Chile ha tenido un proceso ascendente en la aprobación de Convenios Internacionales que abordan materias de inmigración. Aunque quedan muchos convenios y tratados relevantes que no han sido aprobados por Chile, uno de los hitos más importantes en esta materia, viene dado por la aprobación por parte del Estado de Chile del Convenio para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas, en el año 2005. En el marco de dicho convenio Chile fue objeto de observaciones, realizadas por el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas, en el año 2011.

En este mismo sentido, se deben tener en cuenta, los acuerdos de libre comercio firmados por Chile han incorporado cláusulas tendientes a disminuir las barreras que impiden la movilidad entre países con intereses comunes. Así en los tratados suscritos con: Canadá, México, Centroamérica, Corea y la Unión Europea, se contemplan capítulos que regulan la entrada de profesionales y capitales, permitiendo de paso incrementar mutuamente niveles de productividad, así como la creación de empleos, vía llegada de inversionistas. De igual forma, los acuerdos y los procesos de integración regional, han abordado aspectos migratorios, generando espacios comunes para los nacionales del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina de Naciones y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

Luego, en el plano legal, la Ley N° 19.476 de octubre de 1996 modificó la Ley de Extranjería en materia de asilo y refugio, reconociendo el principio de no devolución de quienes se encuentran en Chile solicitando dicha condición. Del mismo modo



despenaliza el ingreso irregular al territorio nacional de extranjeros que soliciten refugio o asilo, entre otras garantías.

En 1998, se aprueba y publica la Ley N° 19.581, que crea la categoría de ingreso de habitante de zona fronteriza, con lo que quienes se encuentren en esta situación pueden obtener una “Tarjeta vecinal fronteriza” mediante la cual se les otorga la facilidad de ingresar y egresar de Chile sólo con su presentación a las autoridades fronterizas.

Finalmente, se debe tener en consideración para el análisis, la aprobación reciente<sup>302</sup> de la Ley Antidiscriminación (Boletín N° 3815-07), el que señala en su artículo 1, inciso primero que el ley tiene por objetivo fundamental “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. Asimismo, la ley establece en su artículo 1, inciso segundo que: “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En el artículo 2 de la ley en comento, se define por discriminación arbitraria:

“(…) toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación

---

<sup>302</sup> La Ley Antidiscriminación, fue aprobada en una dividida votación en el Senado el día 9 de mayo del año 2012. El Proyecto de Ley, fue presentado por el ex Presidente don Ricardo Lagos Escobar, el 14 de marzo del año 2005.

en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Así, con esta nueva Ley Antidiscriminación los extranjeros, podrán ejercer la acción de no discriminación arbitraria, establecida en los artículos 3° y siguientes, cada vez que sean objeto de una discriminación arbitraria, y por ende, solicitar en conformidad al artículo 12, que se deje sin efecto el acto discriminatorio y que el Juez decrete las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Para efectos de ordenar adecuadamente los temas expuestos, en el próximo punto, revisaré, los principales aspectos de la normativa de internacional al respecto y los aspectos importantes de los procesos de integración regional.

#### **2.4.2. Tratados Internacionales y procesos de integración regional.**

En el ámbito internacional, los tratados internacionales<sup>303</sup> que tienen relevancia en materia de inmigración y que han sido ratificados por Chile<sup>304</sup>, son:

---

<sup>303</sup> En éste punto, sólo anoto Tratados Internacionales que se refieren en especial a la inmigración, sin embargo, dicho panorama normativo se debe complementar con los siguientes tratados y declaraciones que declaran Derechos Humanos para todos los seres humanos, sin importar su condición nacional. Entre ellos: i. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ratificada por Chile en 1990; ii. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 con sus dos protocolos de 1976 y 1989, ratificados por Chile en 1989, 1992 y 2009 respectivamente; iii. Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, con su protocolo facultativo de 2008, siendo el pacto ratificado por Chile en 1989 y su protocolo se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional; iv. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, ratificada por Chile en octubre de 1990; v. La Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984. La Convención fue ratificada por Chile en noviembre de 1988.

<sup>304</sup> Es importante, señalar que existen otros convenios internacionales relevantes en la materia, que aún no han sido ratificados por el Estado chileno, entre ellos se pueden destacar los siguientes: i. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954; ii. El Convenio N° 97 de la OIT, sobre trabajadores migrantes; iii. El Convenio N° 143 de la OIT, relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores migrantes.

1. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que fue aprobada en julio de 1951, con su Protocolo de 1967. Ratificada por Chile en 1972. La presente Convención<sup>305</sup> busca el compromiso de los Estados partes, en garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos de los refugiados<sup>306</sup>.

2. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965<sup>307</sup> y ratificada por Chile en 1972. El artículo 1.1. señala lo que se entiende por discriminación racial: “En 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”.

Luego en el artículo 1.4., los Estados partes se comprometen a adoptar medidas especiales que busquen “el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

---

<sup>305</sup> Sobre la situación de los refugiados de las Américas, ver: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). La protección internacional de refugiados en las Américas, 2011, [en línea]. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340>> [consulta: 19 abril 2012].

<sup>306</sup> Al respecto ver la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/refugiados.htm>.

<sup>307</sup> La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, se encuentra disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.

En el marco del artículo 9 de la Convención, en el año 2009 Chile recibió el informe particular del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el que señala su preocupación por el hecho de que los refugiados y migrantes en Chile no ven plenamente garantizados sus derechos económicos y sociales. Además le inquieta al Comité el hecho de que en ocasiones son víctimas de discriminación y en particular los de origen Peruano y Boliviano. Por ello formula la Recomendación N° 17, que señala: “El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos en la Convención a los migrantes y refugiados y, para este fin, tome en cuenta los resultados de los estudios realizados por el Ministerio del Interior en 2007 y 2008”<sup>308</sup>.

3. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979<sup>309</sup>, con su protocolo facultativo de 1999. La Convención fue ratificada por Chile en diciembre de 1989. El protocolo facultativo se encuentra firmado pero aún no ha sido ratificado por el Congreso Nacional.

En éste punto, conviene tener presente las observaciones finales realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, a Chile en el mes de agosto de 2006. En dicho informe, en su punto número 15, se señala la preocupación del Comité sobre la trata de mujeres y niñas, en particular: “(...) la insuficiencia de la información acerca de las causas y el alcance de la trata en Chile como país de origen, de tránsito y de destino, la falta de legislación nacional y la ausencia de medidas adecuadas para combatir el fenómeno de la trata y la explotación de la prostitución”<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la convención, Chile, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/448/27/PDF/G0944827.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

<sup>309</sup> La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, se encuentra disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>.

<sup>310</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, NACIONES UNIDAS. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 2006, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/479/50/PDF/N0647950.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

4. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>311</sup>, con su protocolo facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía de 2000. La Convención fue ratificada por Chile en agosto de 1990 y el protocolo en septiembre de 2003.

En relación al tema en análisis, resulta relevante el artículo 7 de la Convención, que establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. De igual forma, en el artículo 8, los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad.

En el artículo 14, los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Asimismo, en el artículo 17, se señala que los Estados alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena.

En el artículo 22, los Estados se obligan tomar medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes. A tal efecto los Estados cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y

---

<sup>311</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

5. El Convenio N° 105 de la OIT, relativo a la abolición del trabajo forzoso, de 1957 y ratificado por Chile en febrero de 1999.

6. El Convenio N° 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958 y ratificado por Chile en 1971.

7. Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias de 1990<sup>312</sup>. La Convención fue ratificada por Chile en marzo de 2005<sup>313</sup> y en él se toman en consideración todos los convenios internacionales ya enunciados para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias, ya sean estos documentados o indocumentados, según la aplicación del artículo 1, 2 y 5 de la Convención.

Éste Convenio se puede considerar como el instrumento internacional en materia de protección de los derechos de los migrantes, más avanzado de la actualidad. El texto se aproxima a entender la migración como un derecho y con características de Derecho Humano<sup>314</sup>.

En el artículo 7 de la Convención, los Estados se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a

---

<sup>312</sup> Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, se encuentra disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>.

<sup>313</sup> Si bien el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, fue adoptado en 1990, éste entro en vigor internacional recién en el año 2003, debido a que costó 12 años que se cumpliera el mínimo de ratificaciones estatales (20) para su entrada en vigor. Al respecto consultar: ALVAREZ, Aurelia. La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 2: 9-52, 2003.

<sup>314</sup> AGUELO, Pascual, CHUECA, Ángel. La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 10: 117-126, 2005.

todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

En la Parte III de la Convención, denominada: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, se establece un amplio catálogo de derechos, que tienen por objeto principalmente asegurar el tratamiento igualitario de los trabajadores migratorios y sus derechos civiles. Entre otros, los Estados se comprometen a no realizar expulsiones colectivas de trabajadores migratorios y asegurar las libertades de conciencia y de religión de los mismos.

En lo respectivo a derechos sociales, en el artículo 47 de la Convención, los Estados se obligan a que los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate; b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación; c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento; d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes; f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados; g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

En relación al Convenio en análisis, es importante anotar las recomendaciones que le hiciera al Estado de Chile, el Comité Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en el mes de septiembre del año 2011<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> Ver informe completo en: COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, NACIONES UNIDAS.

En dicho informe se hacen 22 recomendaciones al Estado, siendo las más importantes las siguientes:

1. Se alienta al Estado para que termine pronto de preparar el proyecto de ley sobre migración y que sea plenamente conforme con las normas internacionales de protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares y, en particular, con las disposiciones de la Convención.
2. El Comité hace ver al Estado la falta de información estadística sobre la migración en Chile, y por ende, recomienda que se establezca un sistema de información nacional sobre migración. Donde la base de datos centralizada tenga en cuenta todos los aspectos de la Convención e incluya información detallada sobre trabajadores migratorios presentes en el Estado parte, sobre aquellos que se encuentran en tránsito y sobre emigrantes, y alienta al Estado parte a recopilar información y estadísticas desglosadas por sexo, edad y trabajo desempeñado. En los casos en que no sea posible obtener información precisa, como información sobre trabajadores migratorios en una situación irregular, el Comité agradecería recibir datos basados en estudios o estimaciones.
3. Debido a la discriminación que son objeto los trabajadores migratorios y sus familias en Chile, más aún cuando ellos son de origen Peruano o Boliviano, el Comité recomienda que el Estado adopte medidas positivas y refuerce las medidas ya adoptadas para combatir las actitudes discriminatorias y la estigmatización social, en particular mediante campañas de mejora de la concienciación dirigidas al público en general, así como a maestros, funcionarios de inmigración y profesionales de los medios de comunicación.
4. El Comité insta al Estado para que examine sus disposiciones legales para asegurarse que todos los trabajadores migratorios, incluido aquellos que hayan sido sancionados por la autoridad administrativa en relación con una infracción del Decreto-Ley N° 1.904 puedan salir libremente del país, salvo que la



restricción sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos, de conformidad con el artículo 8 de la Convención.

5. El Comité recomienda que el Estado vele por el acceso eficaz a la salud por los trabajadores migratorios, en particular dando a conocer sus obligaciones al personal de salud y estableciendo un mecanismo para la vigilancia de las ellas.
6. El Comité alienta al Estado a conceder la nacionalidad a los niños nacidos en Chile de padres en situación irregular, cuando estos no les puedan transmitir su propia nacionalidad. También alienta al Estado parte a que se adhiera a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para reducir los casos de apátrida de 1961.
7. El Comité recomienda que el Estado vele por la aplicación efectiva del Oficio Ordinario Nº 07/1008 (1531), de 2005 sobre el ingreso y la permanencia de los niños inmigrantes en situación irregular en los establecimientos escolares, en particular dándolo a conocer en todas las instituciones educativas y estableciendo un mecanismo para vigilar su aplicación.
8. El Comité recomienda que el Estado proteja a las mujeres trabajadoras domésticas migratorias, garantizando una mayor y más sistemática vigilancia de las condiciones laborales de estas por parte de los inspectores de trabajo. Asimismo insta al Estado a garantizar que esas trabajadoras migratorias tengan acceso efectivo a los mecanismos de presentación de denuncias contra sus empleadores y que todos los abusos, incluidos los malos tratos, sean investigados y, cuando proceda, sancionados.

Finalmente, en lo que respecta a los procesos de integración regional, ellos revisten importancia, tomando en consideración que la principal fuente de inmigración en Chile, proviene de origen fronterizo. En este marco, sólo consideraré las acciones tomadas por el MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones y UNASUR<sup>316</sup>.

---

<sup>316</sup> Un análisis sobre todas las acciones y declaraciones tomadas por los Estados de Iberoamérica, en cumbres de jefes de estados, comités parlamentarios o gubernamentales, revisar: MACHIN, Macarena. Ob. cit., pp. 56-62.

El MERCOSUR, “desde un principio, basó su política migratoria en torno a la regulación y la residencia de los nacionales dentro de la región, para ello acordó, en la reunión de ministros de Justicia en el año 2002, dos proyectos de acción firmados por los Estados Parte (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay) y asociados (Venezuela, Bolivia y Chile). Ahora bien, en los últimos años la problemática migratoria ha adquirido un enfoque centrado en los derechos humanos a nivel mundial y esto se ha ido reflejando en las intenciones tomadas por el MERCOSUR a partir del año 2000 por medio del Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes y asociados, que data del año 2004 (sólo ha sido ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay); la ratificación de los Protocolos de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del año 2005 (ningún país lo ha ratificado aún); el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situación de vulnerabilidad de 2008 (ningún país lo ha ratificado aún), todos ellos carecen aún de vigencia<sup>317</sup>.

En la Comunidad Andina de Naciones, Chile, es un país asociado a esta Comunidad y, por lo tanto, asume responsabilidades ante aquellos tratados o declaraciones consensuadas. En lo que se refiere a la migración, la Comunidad Andina de Naciones ha decidido sumar esfuerzos para lograr la libre circulación de sus habitantes por la subregión, ya sea por razones de turismo, trabajo u otros, que impliquen cambio de residencia habitual. Actualmente, su objetivo se centra en la elaboración del Plan Andino de Desarrollo Humano de las Migraciones desde una visión integral del fenómeno<sup>318</sup>.

Finalmente en lo que respecta a la UNASUR, reviste importancia lo señalado en el Tratado Constitutivo de la misma, aprobado en la ciudad de Brasilia el 23 de mayo de 2008<sup>319</sup> y ratificado por Chile en el año 2010. En el preámbulo se afirma:

---

<sup>317</sup> MACHIN, Macarena. Ob. cit., p. 60-61.

<sup>318</sup> MACHIN, Macarena. Ob. cit., p. 61.

<sup>319</sup> El Tratado constitutivo de la UNASUR se puede consultar en: [http://www.unasur.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=290&Itemid=339](http://www.unasur.org/index.php?option=com_content&view=article&id=290&Itemid=339).

“APOYADAS en la historia compartida y solidaria de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad suramericana, honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y la construcción de un futuro común”.

Luego, se señala la intención de buscar y construir una identidad y ciudadanía suramericana:

“AFIRMAN su determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe”.

La constitución de la identidad común y la ciudadanía suramericana se establece como uno de los objetivos de la UNASUR, en el artículo 3, letra i) del Tratado. Así se señala:

“i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana”.

Concordante con ello, en el artículo 3, letras j) y k), se señala el respeto de los derechos sociales a los ciudadanos miembros de UNASUR y la cooperación en materias migratorias, desde el respeto de los derechos humanos de los migrantes.

“j) el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud;

k) la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas”.

## **2.5. Reflexiones sobre las perspectivas del multiculturalismo en Chile.**

En el capítulo primero del presente trabajo, luego de la revisión del debate liberal - comunitario sobre el multiculturalismo, sostenía que actualmente, existe un consenso sobre la necesidad de que los Estados reconozcan la diversidad cultural que tienen en su interior, el que puede ser con distintos grados normativos y políticas a implementar.

Luego de los tópicos tratados en éste capítulo, queda claro que en Chile, el proceso de reconocimiento de la diversidad cultural ha sido muy difícil y que la Constitución Política, pese a las reformas de las que ha sido objeto, da un margen ideológico muy estrecho para ello.

En el plano de los derechos de los pueblos indígenas, durante las últimas dos décadas se ha avanzado bastante en su reconocimiento. La Ley Indígena y el Convenio N° 169 de la OIT, son los dos pilares desde los cuales la perspectiva multicultural se abre paso.

Sin embargo, se ha podido evidenciar, que dichos cuerpos normativos y principalmente el Convenio N° 169 de la OIT, se encuentra en una tensión máxima con la Constitución, necesitando incluso para que éste fuera declarado constitucional, de una interpretación limitativa y restrictiva realizada por el Tribunal Constitucional en su momento.

En el plano de la inmigración, Chile ha dado pasos importantes en el plano normativo para el reconocimiento de la diversidad cultural, principalmente, al ratificar la gran mayoría de los tratados internacionales sobre la materia. Aunque en materia de política pública y legislativa, se puede evidenciar una falta de coherencia al respecto.

Sin embargo, en ese plano la Constitución también juega un papel importante de freno de la perspectiva multicultural, aunque se le debe reconocer que es de los textos constitucionales más avanzados en el ámbito mundial en lo que dice relación al derecho de sufragio activo a los extranjeros avecindados en Chile.

Para resolver lo anterior, junto con otras iniciativas de políticas públicas, los gobiernos de la Concertación han impulsado reformas constitucionales de reconocimiento de la

multiculturalidad. Las que se han visto truncadas, por una férrea oposición de la derecha minoritaria en el Congreso, con argumentos muy débiles y anclados en una posición nacionalista, pero que gracias a los mecanismos contra mayoritarios de la Constitución, tiene un verdadero poder de veto.

Las reformas constitucionales impulsadas, se pueden considerar un avance en el reconocimiento de la multiculturalidad<sup>320</sup> y abren el techo ideológico de la Constitución en esta materia. Sin embargo estas han sido limitadas y podrían interpretarse en cuanto a un eventual reconocimiento de derechos en materia de autodeterminación y culturales de los pueblos indígenas. Pero, no se ha planteado avanzar en materia de pluralismo jurídico, derechos colectivos y supervivencia cultural.

Por tanto, para que Chile, pueda reconocer su diversidad cultural, necesita abrir el techo ideológico de su Constitución Política, cosa que permita hacer compatible el derecho interno, con las perspectivas actuales del multiculturalismo a nivel internacional. Debido a ello, en el próximo capítulo, y desde una óptica de derecho comparado, se revisará la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, con el objeto de reflexionar sobre la experiencia del país vecino y decantar aquello que pueda ser útil para la realidad chilena.

---

<sup>320</sup> La reforma presentada por la ex Presidenta Michelle Bachelet, es la primera que habla expresamente de que Chile es un país multicultural, con lo cual en su concepto y en el mensaje del proyecto, se incluye tanto a la de origen indígena, como a la de inmigración.

### III. RECEPCIÓN NORMATIVA Y PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN BOLIVIA.

“En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.”

Preámbulo de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia<sup>321</sup>

En éste capítulo, revisaré el desarrollo normativo del multiculturalismo en Bolivia, centrándome en la nueva Constitución de 2009, con el objeto de realizar la comparación con el caso chileno. Tal como se señalaba en la introducción del presente trabajo, el método comparativo, lo utilizaré, para iluminar los contrastes y aspectos, que puedan ser útiles a la realidad de Chile. Busco, poder identificar, la forma en que Bolivia ha abordado su diversidad cultural y en que medida ello puede servir en las discusiones conceptuales y normativas chilenas.

De esta forma, para contextualizar y poder apreciar de forma amplia, los antecedentes sociales y políticos, que llevaron a Bolivia a constituirse como un Estado Plurinacional en el año 2009, realizaré una breve revisión de la historia política constitucional reciente del país vecino y de como dentro de ese marco, aborda el multiculturalismo.

Luego, analizaré la conceptualización del Estado en la nueva Constitución Política de 2009, centrándome en el texto vigente y en los antecedentes de la Asamblea Constituyente del año 2006-2007.

---

<sup>321</sup> Preámbulo de la Constitución del Estado Plurinacional de Boliviano, disponible en: [www.vicepresidencia.gob.bo](http://www.vicepresidencia.gob.bo).

Finalmente, revisaré los principales aspectos prácticos, las perspectivas e implicancias del nuevo marco constitucional del país vecino y en que aspectos ellas pueden aportar para la discusión conceptual y normativa, en el caso chileno.

### **3.1. Desarrollo político constitucional reciente y diversidad cultural en Bolivia.**

La historia político constitucional de Bolivia, se caracteriza por su inestabilidad político-institucional<sup>322</sup>. Ello se debería a la combinación de los siguientes factores: 1. Los constantes golpes de Estado, realizados generalmente con el uso de la fuerza; 2. La falta de acuerdo político –pacto social- de las Constituciones que ha tenido Bolivia<sup>323</sup>; 3. La falta de concordancia entre lo que se denomina Constitución real y formal<sup>324</sup>; 4. La distancia entre el Estado Republicano y la sociedad indígena<sup>325</sup>. Todo ello ha

---

<sup>322</sup> RIVERA, José. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.) La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005. Santiago de Chile, Librotecna, 2009, p. 102.

<sup>323</sup> José Rivera, señala que: “La Constitución boliviana de 1826, no fue la expresión de un pacto social y político adoptado con la participación democrática de la ciudadanía, es decir, de las diversas fuerzas sociales del Estado boliviano; fue la expresión de la voluntad de la nueva oligarquía minera emergente de la guerra de independencia, y, de otro, no fue la expresión de la realidad social, económica, política y cultural, “abigarrada”, es decir, de esa Bolivia con diversidad étnica, cultural y de género. De otro lado, las reformas introducidas a esa Constitución tampoco fueron la expresión de la voluntad de los factores reales de poder; habrá de recordar que, hasta la revolución del 52 las mal llamadas “asambleas o convenciones constituyentes” se conformaron mediante elecciones basadas en el voto calificado, con exclusión de las mayorías nacionales, menos del 10% de la población intervenía en las elecciones; del 52 en adelante, si bien es cierto que con la implementación del sufragio universal se incorporó formalmente a esas mayorías nacionales marginadas, no es menos cierto que en la práctica la participación ciudadana en los procesos de reforma de la Constitución fue escasa, casi nula; ello debido a diversas causa y factores”. En: RIVERA, José. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado, 2009, [en línea]. <<http://www.juridicas.unam.mx>> [consulta: 13 marzo 2012], p. 92.

<sup>324</sup> Al respecto Ivanna Fernández, señala que en la historia constitucional boliviana, hasta el año 2006, han existido dos constituciones. “(...) una real, que engloba los elementos que han ido moldeando a Bolivia como nación, su realidad histórica, instituciones, cultura, idiosincrasia y tradiciones; y otra formal, la publicada como instrumento jurídico”. En: FERNANDEZ, Ivanna. Apuntes sobre la Constitución Política del Estado boliviano. Revista Araucaria. 15 (8): 114-127, 2006.

<sup>325</sup> Álvaro García Linera, quién desde el año 2005 se desempeña como Vicepresidente del Gobierno del Presidente Evo Morales Ayma, señala que el Estado boliviano, desde la Constitución de 1826, ha excluido de su consideración y por ende de su conformación al indio y sus pueblos. “Desde que la asamblea deliberante de 1825 y la Constitución de 1826 otorgan

llevado a que en Bolivia hasta 1980 se hubieran producido 200 golpes de Estado y a que tuviera más de 74 presidentes de la República, en 155 años de vida como país independiente.

Deteniéndome, en el último de los factores mencionados, se debe considerar que “la situación económica de los indígenas bolivianos refleja un hecho histórico: las poblaciones indígenas de Bolivia han estado dominadas y explotadas desde la conquista española hace 5 siglos. Durante la época colonial, los pueblos indígenas andinos (los indígenas aymara del altiplano en torno al Lago Titicaca y los indígenas de habla quechua en los valles más hacia el Este del país) fueron considerados indiferenciadamente como “indios”, puestos a trabajar en las minas de plata y obligados a pagar tributo a la Corona”<sup>326</sup>.

Con la independencia boliviana, la República naciente se fundó dejando en pie las estructuras coloniales que consagraban prestigio, propiedad y poder en función del color de piel, del apellido, el idioma y el linaje. En ese momento el Estado boliviano: “(...) escindió la “bolivianidad”, asignada a todos los que habían nacido bajo la jurisdicción territorial de la nueva república, de los “ciudadanos”, que debían saber leer y escribir el idioma dominante (castellano) y carecer de vínculos de servidumbre, lo que hizo que, desde el inicio, los indios carecieran de ciudadanía”<sup>327</sup>.

---

derechos políticos y jurídicos a quienes posean una elevada renta, una profesión, sepan leer y escribir, y no se hallen en relación de servidumbre, es claro quiénes han de ser interpelados como ciudadanos por el naciente Estado, y quiénes no. En este orden, los indios son la nada del Estado, constituyen su externalidad más fundamental; mientras que los niños deben esperar la herencia y el crecimiento biológico para acceder a sus derechos, y las mujeres, que también están excluidas de los derechos ciudadanos, pueden influir en el curso de las estrategias matrimoniales para preservar y ampliar el patrimonio familiar que garantice la ciudadanía. Los indios, hombres y mujeres, se presentan de entrada como la exterioridad más profunda e irreductible del Estado. De hecho, el Estado republicano nace a cabalgadura en contra de la indiada, y todo su armazón argumental no hace más que repetir, mediante disposiciones administrativas, este imperativo social de unas clases pudientes que no tienen en común más que la misión de atrincherarse en el Estado en contra de los indios”. En: GARCÍA LINERA, Álvaro. La potencia plebeya. 2° ed. Buenos Aires, Siglo del hombre editores, 2009, pp. 510-511.

<sup>326</sup> GREY, Nancy. Ahora somos ciudadanos. La Paz, Bolivia, Muela del Diablo Editores, 2009, p. 18.

<sup>327</sup> Para García Linera, ello constituyó incluso un retroceso para los derechos indígenas, “(...) frente a la propia colonia, que había reconocido la vigencia local de los sistemas de autoridad indígena, Bolívar, en un intento de instaurar una constitución liberal, había declarado extinguida



Luego, durante el siglo XIX, los gobiernos republicanos liberales, impulsaron reformas legales para terminar con la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, abriendo paso a la expropiación de tierras indígenas y a la conformación del latifundio boliviano.

Para García Linera, hasta 1952, la condición de exclusión-asimilación de los pueblos indígenas se mantuvo, al respecto señala:

“Las distintas formas estatales que se produjeron hasta 1952 no modificaron sustancialmente este apartheid político. El Estado caudillista (1825-1880) y el régimen de la llamada democracia "censitaria" (1880-1952), tanto en su momento conservador como liberal, modificaron muchas veces la constitución política del Estado (1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947), sin embargo, la exclusión político-cultural se mantuvo tanto en la normatividad del Estado como en la práctica cotidiana de las personas. De hecho se puede decir que, en todo este periodo, la exclusión étnica se convertirá en el eje articulador de la cohesión estatal”<sup>328</sup>.

La revolución de 1952, pretendió reparar la usurpación de la propiedad comunitaria indígena, a través de un programa de reforma agraria, el que no se pudo llevar adecuadamente a la práctica. Sin embargo, los indígenas seguían siendo objeto de una discriminación política y económica<sup>329</sup>.

Durante las décadas de 1970 y 1980, los indígenas se organizaron, logrando a comienzos de la década de 1990, la conformación de un poderoso movimiento indígena de nivel nacional. Sus demandas son de reconocimiento y derechos territoriales<sup>330</sup>. Ello llevó a que en 1994<sup>331</sup>, durante el mandato presidencial de Gonzalo

---

la autoridad de los caciques indígenas, sustituyéndolos por funcionarios locales designados por el Estado”. GARCÍA LINERA, Álvaro.(2009) Ob. cit., p. 273.

<sup>328</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2009) Ob. cit., p. 274.

<sup>329</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., pp. 18-19.

<sup>330</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., p. 19.

<sup>331</sup> Sobre las reformas constitucionales bolivianas de 1994, consultar: VIDAL, Carlos. La reforma constitucional en Bolivia. Revista de Derecho Político. 50: 313-347, 2001.

Sánchez de Lozada, se reformara la Constitución incorporando un reconocimiento constitucional de la diversidad cultural<sup>332</sup>.

“(…) la Constitución fue modificada reconociendo a Bolivia como una nación “multiétnica” y “pluricultural”, y se promulgaron toda una serie de reformas legales que pretendían alterar radicalmente la posición de los pueblos indígenas en el país. Las tres leyes más importantes fueron: la Ley de Participación Popular (LPP), una suerte de descentralización política que incluía a los pueblos indígenas como actores en la toma de decisiones de desarrollo municipal; la Ley INRA, una reforma agraria que instituyó la titulación colectiva de territorios indígenas; y la Ley de Educación Cultural Bilingüe que promovió la enseñanza de la cultura e idiomas indígenas en las escuelas”<sup>333</sup>.

Junto a lo anterior, se debe tener presente, que ya en el año 1991, Bolivia había ratificado el Convenio N° 169 de la OIT, que sumadas a las reformas constitucionales y las Leyes indígenas del año 1994<sup>334</sup>, conformaban un panorama auspicioso para corregir la falta de reconocimiento de la diversidad cultural boliviana. ¿Por qué no fueron suficientes, para los movimientos indígenas, el reconocimiento constitucional y las leyes, sobre la diversidad cultural de Bolivia?

Pese a las reformas constitucionales y las reformas legales, en Bolivia, no se producía una conversación política igualitaria entre los miembros de la diversidad cultural, no había integración<sup>335</sup>, era un país donde coexistían desarticuladamente varias

---

<sup>332</sup> Para una revisión mas detallada del devenir político boliviano, consultar: ASSIES, Willem, SALMAN, Ton. La democracia boliviana: Entre la consolidación, la profundización y la incertidumbre. Un análisis contextualizado de los resultados de las elecciones de 2002 en Bolivia. *Estudios Atacameños*. 25: 79-101, 2003. GARCÍA LINERA, Álvaro. La potencia plebeya. 2° ed. Buenos Aires, Siglo del hombre editores, 2009, 530p.

<sup>333</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., p. 22.

<sup>334</sup> Sobre el contenido y profundidad de las Leyes Indígenas de 1994, consultar: STRÖBELE-GREGOR, Juliana. Ley de Participación Popular y movimiento popular en Bolivia. En: HENGSTENBERG, Peter, KOHUT, Karl, MAIHOLD, Günther (eds.). Sociedad civil en América Latina: Representación de intereses y gobernabilidad. Caracas, Nueva Sociedad, 1999, p. 133-146.

<sup>335</sup> Sobre la idea del reconocimiento “simbólico”, revisar: FRASER, Nancy. (2006) Ob. cit., pp. 64-67.

culturas<sup>336</sup>, pero donde la estructura estatal recogía la lógica organizativa de sólo una de ellas, la moderna mercantil capitalista<sup>337</sup>.

La crítica al reconocimiento de la diversidad cultural alcanzado con las reformas constitucionales de 1994 eran radicales. Para Álvaro García Linera, dichas reformas sólo implicaron una moderación en el discurso de la elite, pero no cambios culturales u económicos relevantes, la discriminación y exclusión económica de los pueblos indígenas se mantuvo. En ese sentido, señala:

“Ante el reconocimiento de identidades étnicas, culturales y lingüísticas en la mayor parte de su territorio, que abarcan la mayor parte de su población, hay varias opciones a emprender. La primera es negar o simular un reconocimiento de esta diversidad, pero trazar políticas de extinción, ya sea a través de la exclusión coercitiva de esas identidades, o por medio de su devaluación

---

<sup>336</sup> Álvaro García Linera, señala que en Bolivia, existen cuatro tipos de culturas civilizatorias, que serían: “i. La moderna, mercantil-industrial, que abarca a personas que, poseedoras de una racionalidad eminentemente mercantil y acumulativa, han atravesado procesos de individuación y desarraigo comunitario tradicional; viven la separación de lo político respecto a lo económico y asientan el fundamento de sus condiciones de existencia, como actores dominantes o subordinados, en actividades laborales asalariadas como la minería y manufactura industrial, la banca, el gran comercio, los servicios públicos, el transporte, etc., con sus respectivos circuitos de acumulación e intercambio directamente mercantil de productos, bienes y fuerza de trabajo. En términos poblacionales, no más de un 20 o 30% de las personas en el país están involucradas directa y técnicamente en esta trama social; ii. El segundo régimen civilizatorio es el que se refiere a la economía y cultura organizadas en torno a la actividad mercantil simple de tipo doméstico, artesanal o campesino. Quienes pertenecen a él son portadores de una racionalidad gremial o corporativa, y poseen un régimen de instituciones políticas basadas en la coalición normativizada de pequeños propietarios mercantiles. Una buena parte de la llamada informalidad, que ocupa el 68% del empleo urbano, de los artesanos y los pequeños campesinos parcelarios corresponde a este segmento social; iii. En tercer lugar, está la civilización comunal, con sus procedimientos tecnológicos fundados en la fuerza de masa, en la gestión de la tierra familiar y comunal, en la fusión entre actividad económica y política, con sus propias autoridades e instituciones políticas, que privilegian la acción normativa sobre la electiva y en la que la individualidad es un producto de la colectividad y de su historia pasada; iv. Por último, está la civilización amazónica, basada en el carácter itinerante de su actividad productiva, la técnica basada en el conocimiento y laboriosidad individual y la ausencia de Estado. En conjunto, las dos terceras partes de los habitantes del país se hallan en alguna de las últimas tres franjas civilizatorias o societales. Es claro que éste es un modelo conceptual que no excluye vínculos, cruces e hibridaciones complejos, producto de la colonización, entre estos cuatro bloques civilizatorios, al tiempo que hace resaltar la diferencia de los patrones de organización social vigentes en el espacio social boliviano”. En: GARCÍA LINERA, Álvaro.(2009) Ob. cit., pp. 298-302.

<sup>337</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2009) Ob. cit., p. 297.

simbólica, que empujen a estrategias de auto negación étnica. En términos estrictos, ésta es la política estatal que ha sido aplicada durante los últimos cien años, con algunas variantes "blandas" en la última década, pero cuyo resultado es una constante reconstitución de las identidades excluidas y el surgimiento de proyectos indianistas secesionistas respecto del Estado boliviano"<sup>338</sup>.

Debido a lo anterior, para los movimientos indigenistas, principalmente agrupados en el Movimiento al Socialismo (MAS), el Estado y las políticas indigenistas de mercado o neoliberales se encontraban agotadas y se propusieron el cambio del sistema, mediante una estrategia de llegada al poder estatal, por la vía electoral y la movilización social<sup>339</sup>.

Así, en las elecciones de junio de 2002, para sorpresa de muchos el MAS liderado por Evo Morales, se convirtió en la segunda fuerza política de Bolivia. Los planteamientos del MAS son vistos con total desprecio y fueron permanentemente descalificados por la mayor parte de los partidos establecidos<sup>340</sup>. Desde 1997 a 2002, el MAS se había destacado por la movilización social en contra del gobierno de Hugo Banzer, por las políticas neoliberales y el sistema de corrupción e incompetencia de los políticos "tradicionalmente elitistas"<sup>341</sup>. El MAS construye un discurso, que plantea la idea de acabar con el Estado colonial –excluyente de lo indígena- y el neoliberalismo –empobrecedor de la sociedad y los indígenas-<sup>342</sup>. Se construye la idea de la nación plebeya<sup>343</sup>, se vuelven interdependientes del discurso, las ideas de reconocimiento y redistribución (entendida en su expresión de autonomía indígena)<sup>344</sup>.

---

<sup>338</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2009) Ob. cit., pp. 310-311.

<sup>339</sup> La lógica de toma del poder, es lo que diferencia al movimiento indigenista boliviano liderado por Evo Morales, con otro, como el del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), liderado por el Subcomandante Marcos, quienes renuncian a la toma del poder. Al respecto ver: GARCÍA AGUSTÍN, Oscar. Indígenas y globalización: los discursos de Evo Morales y el Subcomandante Marcos. *Interlingüística*, 17: 388-397, 2007.

<sup>340</sup> Es importante anotar, que Evo Morales en enero del año 2002, fue expulsado del Congreso de los Diputados, acusado de instigar los cruentos choques entre coccaleros y uniformados en la localidad de Sacaba, donde dos efectivos fueron golpeados por campesinos e indígenas.

<sup>341</sup> ASSIES, Willem, SALMAN, Ton. Ob. cit., p. 80.

<sup>342</sup> Al respecto ver: GARCÍA AGUSTÍN, Oscar. Ob. cit., pp. 393-397.

<sup>343</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2009) Ob. cit., pp. 423-435.

<sup>344</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., pp. 32-35.

Se levanta la idea de una crisis general del Estado. Para García Linera, ello se debe a que:

“En sociedades complejas como la boliviana, el Estado se presenta como una estructura relacional y política monoétnica y monocivilizatoria que, así como desconoce o destruye otros términos culturales de lectura y representación de los recursos territoriales, vive con una legitimidad en permanente estado de duda y acecho por parte de las otras entidades culturales y étnicas, y de otras prácticas de entendimiento de la responsabilidad sobre el bien común, excluidas de la administración gubernamental”.

En éste contexto de aumento de poder político del MAS y los movimientos indígenas bolivianos, durante el mes de octubre del año 2003, se produjo lo que se ha denominado como la “guerra del gas”, que, entre otras cosas, obligó a la renuncia del entonces Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada. Relatando los hechos, Nancy Grey señala:

“Los que empezaron las protestas fueron los indígenas aymara de barrios pobres, que son mayoría en la populosa ciudad de El Alto que colinda con la sede de gobierno. Se opusieron a la propuesta del gobierno de permitir que las empresas transnacionales exportaran el gas natural, desde las tierras bajas orientales de Bolivia, a través de un oleoducto que pasaría por Chile hasta plantas procesadoras y mercados en Estados Unidos y México. No tardaron mucho en unírseles los campesinos, estudiantes, desempleados, profesores y mineros de varios lugares del altiplano. Portando pancartas que decían “el gas es nuestro”, los manifestantes demandaban la nacionalización de las concesiones de gas que se habían otorgado a las transnacionales y el fin del “modelo neoliberal” o de la economía de libre mercado que se había instalado en Bolivia desde mediados de 1980. Después de seis semanas de violencia y furia popular, y alrededor de setenta muertos, el Presidente huyó a Miami”<sup>345</sup>.

---

<sup>345</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., p. 16.

La guerra del gas de 2003, cambio la política boliviana y comenzó una nueva etapa en la misma. Los protagonistas de ella, combinaron el indigenismo con la noción de “nación plebeya”, reflejando el hecho de que la mayoría de los bolivianos son ambas cosas: indígenas y pobres<sup>346</sup>.

Sistematizando los factores que hicieron posible escalar por la vía electoral en el año 2002, la representación política del 62% de la población nacional a que entonces ascendía la mayoría indígena boliviana, y que, a la postre se convertiría en el paso previo al triunfo definitivo del MAS del cual forma parte el actual presidente de Bolivia, Evo Morales<sup>347</sup>, se tendría que tener en cuenta cinco puntos<sup>348</sup>. Ellos, son útiles para entender algunas de las causas<sup>349</sup> que permiten la configuración del nuevo Estado Boliviano, como un Estado plurinacional comunitario y social de derecho. Dichas causas son: 1. Los cambios institucionales que se fueron realizando desde 1982; 2. Agotamiento del sistema de gobernanza de los partidos políticos; 3. Maduración y consolidación del movimiento indigenista; 4. Frustración popular con las políticas económicas que condujeron el binomio Banzer – Quiroga; 5. Sentimiento nacionalista por la política impulsada por Estados Unidos, en relación con los plantíos de “coca”.

1. Los cambios institucionales, se resumen a nivel normativo, en que la Ley de Participación Ciudadana de 1994, la consecuente descentralización municipal y la creación de distritos uninominales para 63 de los 130 puestos en la Cámara

---

<sup>346</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., p. 20.

<sup>347</sup> Evo Morales Ayma se convirtió en el primer Presidente de la República de Bolivia de origen indígena –aymara- y quién además hizo su carrera política desde los movimientos indígenas. El 18 de diciembre de 2005, día en que fue electo presidente, proclamo: “Compañeros indígenas, ¡por primera vez somos presidentes!” Un análisis de las etapas que ha vivido el gobierno de Evo Morales desde el 2005 al 2011, consultar: GARCÍA LINERA, Álvaro. Las Tensiones creativas de la revolución. La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2011, 72p.

<sup>348</sup> Al respecto ver: AVILA, Raúl. Bolivia: La apuesta por el Estado unitario social de Derecho plurinacional comunitario. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J., y ZOVATTO, D. (Coords.). Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 879-888.

<sup>349</sup> Sigo una explicación multi-causal del devenir político social-institucional de Bolivia. En ese sentido se puede consultar el trabajo de: MÁIZ, Ramón. Indianismo y nacionalismo en Bolivia: estructura de oportunidad política, movilización y discurso. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.129-172.

de Diputados, posibilita gradualmente la entrada de nuevos actores políticos, entre ellos el MAS<sup>350</sup>.

2. “Cambios en el sistema de partidos dado que los tres partidos grandes, dos de derecha y uno de izquierda, captaron más del 50% de la votación nacional a lo largo del periodo 1985-1997, a los que se sumaron Conciencia de Patria y Unión Cívica Solidaridad, que capturaron otro 22%, de tal suerte que aquéllos se alternaron pragmáticamente en el gobierno, con frecuencia coaligados con alguno de los dos últimos, a costa de la creciente pobreza y su propia legitimidad que comenzó a agonizar en 2002, cuando sólo obtuvieron 42% de los votos dejando espacio a los movimientos sociales indígenas emergentes en la arena político electoral. La prueba es que IPSP-MAS ganó las elecciones en cuatro departamentos y ya ponía en acto, ante el coincidente debilitamiento de la izquierda, un discurso etnonacionalista, marxista y comunitario”<sup>351</sup>.
3. El movimiento indígena boliviano, maduró sus ideas políticas desde mediados de los setenta. Fue creando alianzas y convergencia entre sus organizaciones y configuró un discurso que logró englobar a la gran mayoría de los bolivianos<sup>352</sup>, la idea de nación plebeya, la conjugación de indígena y pobre, la búsqueda de reconocimiento y redistribución, entendida esta última como una autodeterminación económica y no imposición de políticas de carácter

---

<sup>350</sup> AVILA, Raúl. Ob. cit., p. 882.

<sup>351</sup> AVILA, Raúl. Ob. cit., p. 883.

<sup>352</sup> Sobre éste punto, es importante tener en consideración las estrategias discursivas del MAS y el Movimiento Indígena Pachakuti (MIP), liderado por Felipe Quispe. Ello, por cuanto son dos formas distintas de elaborar la política indigenista y que con el tiempo se han distanciado cada vez más. Para Ramón Maíz, la política amplia seguida por el MAS, es uno de los principales factores al momento de entender su triunfo electoral. Al respecto señala: “(...) una estrategia catch-all, inclusiva, por parte del MAS, que inscribía las demandas indianistas en el seno de un más vasto programa de refundación nacional boliviano, le ha procurado no solo crecientes apoyos electorales, sino la incorporación orgánica de candidatos y cuadros de partido procedentes de los efectivos disponibles de las crisis y desalineamientos de las fuerzas de izquierda y aun de los partidos tradicionales de Bolivia. El éxito del MAS proviene de erigirse en punto de coordinación no solo de efectivos electorales sino de militantes procedentes de otras organizaciones no indigenistas, abriendo una ventana de oportunidad en la Bolivia sociopolíticamente identificada como mestiza. Frente a esto, el MIP ha postulado en todo momento una estrategia etnicista esencialista y excluyente –de hecho: antiblanca- de la mano de un indigenismo de base exclusivamente aymara, que no solo lo distanciaba de la población mestiza, sino de los indígenas quechuas o guaraníes”. Ver: MAIZ, Ramón. Ob. cit., p. 153.

neoliberal<sup>353</sup>. Se articula un discurso de unidad de las fuerzas excluidas y de toma del poder<sup>354</sup>.

4. Las políticas neoliberales impulsadas por los expresidentes Hugo Banzer (1997-2001) y Jorge Quiroga (2001-2002) y la ardua represión a los movimientos sociales indígenas minaron la legitimidad del gobierno.
5. Los movimientos indigenistas, identificaron como impulsora de las políticas neoliberales, de la represión y destrucción de cultivos a los indígenas cocaleros y de consumar la expulsión de Evo Morales de la Cámara de Diputados el año 2002, a la embajada de Estados Unidos en Bolivia. Así generaron un clima nacionalista y anti imperialista.

Los factores señalados y la evolución política-social, brevemente revisada, permiten comprender de mejor forma la estructura y contenido del texto constitucional de 2009, la estrategia constituyente y el proceso de legitimación de la misma. En el próximo punto, analizaré en concreto el modelo refundacional del Estado de la Constitución de Bolivia del año 2009.

### **3.2. Conceptualización del Estado en la Constitución Política boliviana de 2009.**

El 2 de julio de 2006, se convocó la Asamblea Constituyente Boliviana, eligiéndose los constituyentes para ello. Para el gobierno de Evo Morales, la convocatoria a la Asamblea Constituyente era necesaria para las transformaciones estructurales en el esquema organizativo estatal y la redefinición de las reglas de la convivencia colectiva.

---

<sup>353</sup> “Maduración y consolidación pues las primeras reacciones populares indígenas relevantes en contra de la dictadura militar de mediados de los años setenta –el llamado “katarismo”- se transformaron en movimientos, organizaciones y partidos políticos a lo largo de las dos siguientes décadas. Nutridos por los nuevos migrantes rurales indígenas aymaras y quechuas, que la propia política económica empujó hacia los suburbios urbanos; animados por el declinamiento de los otrora partidos hegemónicos, y motivados por el respaldo de las organizaciones de productores de “coca”, esos nuevos partidos llevaron a Evo Morales y Felipe Quispe –mas moderado, el primero, y el otro más radical- a liderar una amplia y sólida fuerza política inspirada en aquel discurso, todo lo cual, desde luego, no ha estado exento de complejas dinámicas y divisiones entre líderes, bases, etnias y regiones”. En: AVILA, Raúl. Ob. cit., p. 883.

<sup>354</sup> Al respecto ver: GARCÍA AGUSTÍN, Oscar. Ob. cit., pp. 394-395.



El proceso llevado a cabo por la Asamblea Constituyente, fue bastante complejo y contó con una férrea oposición<sup>355</sup>, sobre todo luego que la Asamblea Constituyente diera a conocer el proyecto de nueva Constitución a comienzos del año 2007. La oposición devino principalmente de las regiones bajas de Bolivia y “se expresó en la formulación de estatutos autonómicos con contenidos contradictorios al texto constitucional y en el impulso a la realización de referendos departamentales de facto, para la aprobación de los mismos. Estas iniciativas fueron promovidas por los Comités Cívicos y las prefecturas de los departamentos de Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija”<sup>356</sup>.

Sin embargo, la apuesta de oposición no fructificó y el 25 de enero de 2009, se realizó el referéndum para consultar la aprobación de la nueva Constitución, la que contó con un 60.11% de aprobación y un 39.89% de rechazó.

### **3.2.1. Nuevo modelo de Estado.**

---

<sup>355</sup> Álvaro García Linera, grafica ello de la siguiente forma: “Hoy, entre el Presidente Evo Morales, el Canciller o la presidenta de la Asamblea Constituyente, poco o nada, no sólo de sus propuestas políticas sino de su vida cotidiana, tienen en común con los ex presidentes, ministros y grupos influyentes del antiguo bloque de poder en decadencia. Quizás esto también ayuda a explicarlos escasos puentes de comunicación entre ambos bloques, pues, a diferencia de lo que sucedía antes, cuando a pesar de las diferencias políticas, las élites confrontadas compartían un mismo estilo de vida, redes matrimoniales, espacios familiares de educación y distracción, las clases sociales hoy confrontadas pertenecen a ubicaciones en el espacio social-material objetiva-mente antagónicas, y con unas distancias geográficas reales, que no hacen más que materializar y ahondar sus distancias políticas. Es en el Congreso, pero fundamentalmente en la estructura de la división territorial del Estado, donde se visibilizan y personifican esas diferencias. El antiguo bloque social dominante es hoy fuerza política minoritaria y beligerante del Parlamento; mientras que, al inaugurar la elección de prefectos y la oposición política de este nivel subnacional, los representantes históricos del viejo régimen (prefectos de Pando, Tarija, Cochabamba), o formados en él (prefectos de Santa Cruz y Beni), se han replegado al ámbito de los gobiernos departamentales, dando lugar a una segmentación territorial vertical diferenciada de las élites estatales. De esta manera, el bloque de poder del viejo Estado, carente de un nuevo proyecto político general, se ha replegado al control de varios gobiernos regionales, en tanto que las clases sociales regionalmente movilizadas durante los últimos ocho años hoy se están constituyendo en nuevo bloque de poder nacional general dirigente”. En: GARCÍA LINERA, Álvaro. (2009) Ob. cit., pp. 510-511.

<sup>356</sup> ROMERO, Carlos. El proceso constituyente Boliviano. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J., y ZOVATTO, D. (Coords.). Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 894.

El plurinacionalismo y multiculturalismo son expresiones que se refieren a sociedades contenedoras de culturas minoritarias y al reconocimiento del derecho de estas últimas a la diferencia. Ambos términos aluden, sin embargo, a realidades diversas y tienen consecuencias políticas e institucionales de distinto calado. La Asamblea Constituyente de Bolivia (2006-2007) y la definición del Estado boliviano como «plurinacional» por la nueva Constitución Política (2009) ofrecen un buen ejemplo de ello<sup>357</sup>.

En el artículo 1 de la nueva Constitución de Bolivia, se señala que el modelo de Estado será de tipo: Unitario, Social de Derecho, Plurinacional Comunitario, descentralizado y con autonomías. “El modelo de Estado en la nueva Constitución hace converger tres ámbitos de la realidad social del país: la liberal, la comunitaria y la regional”<sup>358</sup>.

En la Asamblea Constituyente de los años 2006 y 2007, se buscó modelar un Estado plurinacional. De hecho en el artículo primero del texto constitucional, se señala expresamente que el estado es plurinacional.

“Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”<sup>359</sup>.

Por Estado Plurinacional Comunitario, se entiende: “(...) porque admite su naturaleza multicultural, es decir que reconoce varias naciones, donde Bolivia es la nación mayor

---

<sup>357</sup> “Si bien se preveía el ascenso del actor indígena en el proceso de construcción de los nuevos Estados constitucionales, pocos acaso podrían haber pronosticado que una década después, en experiencias específicas, el Estado liberal multicultural podría ser desplazado por una forma política bajo términos diferentes: el Estado plurinacional y comunitario liberal. Esto es, precisamente, lo que está ocurriendo con el Movimiento al Socialismo, bajo el liderazgo predominante de Evo Morales, y explica los contenidos estructurales de su nueva Constitución, refrendada y en vigor desde febrero de 2009”. En: AVILA, Raúl. Bolivia: La apuesta por el Estado unitario social de Derecho plurinacional comunitario. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J., y ZOVATTO, D. (Coords.). Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 879.

<sup>358</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 905.

<sup>359</sup> Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, disponible en: [www.vicepresidencia.gob.bo](http://www.vicepresidencia.gob.bo).

en la que convergen las naciones indígenas u originarias articuladas con base en su identidad cultural”<sup>360</sup>.

Este modelo de Estado, como ya lo señalaba en la introducción, con base étnica supone tres saltos de escala. La primera, el paso desde la condición cultural de los grupos étnicos al reconocimiento de que son naciones y, a partir de ahí, su estatalización, que supone formar parte de las estructuras del Estado. Cada escala supone formas distintas de organización estatal. La primera es la actualmente existente en Bolivia, que reconoce el carácter multicultural y plurilingüe del país, así como las formas de organización y funcionamiento de las comunidades indígenas. El segundo es el existente en muchos Estados, entre ellos España —que reconoce la existencia de nacionalidades, y no de «naciones»— y más recientemente Sudáfrica, que reconoce el carácter de naciones a los grupos étnicos, sin que en ninguno de los casos se haya dado el paso siguiente de incorporarlos a la estructura del Estado declarando que sea plurinacional en su fundamento mismo.

La plurinacionalidad en Bolivia se funda en el reconocimiento de la pre-existencia<sup>361</sup> de indígenas que, en su calidad de sujetos colectivos se asumen como naciones que se asumen y articulan en torno a identidades culturales compartidas. “La principal proyección se refiere a una comunidad política flexible con multiniveles asimétricos en la que se reconoce autonomía indígena con base en sus derechos históricos”<sup>362</sup>.

Para José Rivera, el Estado Plurinacional, no es posible encuadrarlo en la doctrina constitucional clásica ni contemporánea. Ello debido a que:

“(…) se trata de una nueva modalidad de organización política de la sociedad que, como manifiestan sus impulsores, se trata de “un modelo de organización social y política para la descolonización de las naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo la autonomía territorial”. De manera que siguiendo

---

<sup>360</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 905.

<sup>361</sup> Para Carlos Romero, éste reconocimiento de la pre-existencia de los pueblos indígenas, tiene dos utilidades prácticas: i. reafirma su condición de colectividades (pueblos o naciones) y por ende, les otorga derechos colectivos de variada índole; ii. Asigna derechos de carácter histórico, aunque no con alcances de reconstitución de sus territorialidades originarias. Ver: ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 908.

<sup>362</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 908.

los fundamentos expuestos en los debates de la Comisión de Visión del Estado por quienes lo sustentan, podríamos inferir que se trata de un modelo de Estado que se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones de su territorio propio, su régimen económico, idioma, sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales”<sup>363</sup>.

Lo anterior se refuerza en el artículo 2º, ya que se establece el derecho a la libre autodeterminación a los grupos étnicos, como tales, es decir con un reconocimiento a sus derechos colectivos, y al dominio ancestral sobre sus territorios.

“Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

Se produce quizás una incongruencia en el artículo 3º, ya que define al estado boliviano, de carácter unitario. Sin embargo, considero que ello lo hace principalmente en oposición a la configuración de un posible estado federal<sup>364</sup>.

En el texto constitucional se declaran oficiales 36 idiomas de las naciones y pueblos indígenas originarios<sup>365</sup>. Ello se realiza en todo el territorio de Bolivia y no sólo en donde se encuentre la localización geográfica del idioma del pueblo originario.

---

<sup>363</sup> RIVERA, José. (2009) Ob. cit., p. 101. En el mismo sentido, para Bartolomé Clavero, la plurinacionalidad consistiría un nuevo paradigma constitucional. Al respecto ver: CLAVERO. Bartolomé. Estado plurinacional o bolivariano: nuevo o viejo paradigma constitucional americano, 2011, [en línea]. <<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>> [consulta: 19 marzo 2012].

<sup>364</sup> Para José Rivera, el modelo de Estado ideado por la nueva Constitución al partir del concepto de nación política, y no solamente del concepto de nación cultural, se podría concluir que se trata de un Estado compuesto u asociado, más próximo a uno federativo, autonómico, que de carácter uninacional. Ver: RIVERA, José. (2009) Ob. cit., pp. 101-102.

Esta clave étnico-indigenista del artículo primero organiza todo el sistema institucional del Estado<sup>366</sup>, como puede constarse en varias de las nuevas estructuras esenciales, como la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Órgano Electoral Plurinacional, cuyos miembros serán elegidos en condiciones desiguales.

En la Asamblea Legislativa plurinacional estarán representadas directa y proporcionalmente naciones originarias (artículo 147, II), es decir, serían siempre mayorías (este derecho no es reconocido a ningún otro grupo social o cultural) independientemente de cualquier resultado electoral concreto.

En razón del pluralismo jurídico se divide al órgano judicial en dos sistemas, uno ordinario y otro indígena-originario. Pese a declararlos de igual jerarquía (artículo 179), no es menos cierto que las decisiones de la justicia comunitaria deberán ser acatadas por toda autoridad pública o persona (artículo 192, I), lo que la pondría por encima de la justicia nacional, en posibles casos.

La Constitución, si bien declara la independencia del Estado respecto de la religión (artículo 4), en otro artículo afirma que el patrimonio cultural de los pueblos indígenas y sus cosmovisiones (que incluyen su dimensión religiosa) forman parte de la identidad del Estado (artículo 110, I). Por un lado, el Estado es laico (con respecto a la religión católica), pero por otro se haría confesional al convertir a las culturas originarias en la base esencial del Estado (artículo 98, I).

---

<sup>365</sup> En el artículo 5° de la Constitución boliviana se señala que: “Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasuawe, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco”.

<sup>366</sup> Carlos Romero, haciendo un contrapunto con la anterior Constitución de Bolivia, señala que: “En la anterior Constitución se define al Estado como unitario y multiétnico. El nuevo texto ratifica el carácter unitario y sustituye lo multiétnico por lo plurinacional, ya que los indígenas no son solamente etnias, si no que se asumen como naciones indígenas. El Estado aplicaba lo multiétnico sólo al respeto de la diversidad folklórica, dejando sin efecto la multiculturalidad en la organización estatal”. Ver: ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 905.

Lo anterior se refuerza, ya que en el artículo 98 III, se establece que es responsabilidad del Estado, promover y difundir las cosmovisiones de los pueblos indígenas. Como apunta Bartolomé Clavero, al calificar al Estado como plurinacional se asume un compromiso, el de conseguir que la plurinacionalidad existente en la sociedad se haga justamente característica del Estado. Por mera virtud de la postulación constitucional no cabe decir que se haya ya producido, como hecho histórico, un tránsito al Estado plurinacional, formulándose el imperativo<sup>367</sup>.

### **3.2.2. Nuevos derechos fundamentales, de tipo indígena y de grupo.**

Junto con el reconocimiento de los clásicos derechos fundamentales y de los derechos humanos denominados de segunda y tercera generación, la nueva Constitución de Bolivia, innova al reconocer derechos fundamentales expresos para indígenas y pueblos indígenas, como grupos.

En el Título II denominado “Derechos Fundamentales y Garantías”, se establece un amplísimo catálogo de derechos, dentro de los cuales, se encuentra el Capítulo Cuarto, de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Da inicio al Título II, el artículo 13, el que preceptúa lo siguiente:

“Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

Para efectos de interpretación y control constitucional, el artículo precitado, señala que los derechos fundamentales que enumera la Constitución, no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros, y que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado boliviano, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. En éste sentido, termina, preceptuado que los derechos fundamentales

---

<sup>367</sup> CLAVERO, Bartolomé. (2011) Ob. cit., pp. 13-14.

consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En lo que se refiere a derechos fundamentales de tipo multicultural, principalmente indígena, que reconoce la nueva Constitución de Bolivia, de carácter individual, destacan:

1. El de igualdad y no discriminación (artículo 14.I y 14.II), fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.
2. Derecho a recibir educación (artículo 17) en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación.
3. Derecho a la autoidentificación cultural (artículo 21).
4. Las extranjeras y los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho a sufragar en las elecciones municipales (artículo 27.II).
5. Derecho a que los miembros de los pueblos indígenas inscriban junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal, su nacionalidad indígena (artículo 30.3).

En lo que se refiere a derechos fundamentales de tipo multicultural, principalmente indígena<sup>368</sup>, que reconoce la nueva Constitución de Bolivia, de carácter colectiva, destacan:

1. El de igualdad y no discriminación (artículo 14.III), al garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

---

<sup>368</sup> En el artículo 30 de la nueva Constitución boliviana, se define a la nación y pueblo indígena originario campesino a toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia sea anterior a la invasión colonial española.

2. Derecho de participación política comunitaria (artículo 26). Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.
3. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión (artículo 30.2).
4. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la libre determinación y territorialidad (artículo 30.4).
5. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (artículo 30.5).
6. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios (artículo 30.6).
7. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la protección de sus lugares sagrados (artículo 30.7).
8. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios (artículo 30.8).
9. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados (artículo 30.9).
10. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas (artículo 30.10).
11. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo (artículo 30.11).
12. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo (artículo 30.12).
13. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a que el sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales (artículo 30.13).



14. Los pueblos indígenas, tienen el derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión (artículo 30.14).
15. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan (artículo 30.15).
16. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículo 30.16).
17. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros (artículo 30.17).
18. Los pueblos indígenas, tienen el derecho a la participación en los órganos e instituciones del Estado (artículo 30.18).
19. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan (artículo 30.20).

En lo que se refiere a la protección judicial de los derechos colectivos, la Constitución, establece en su artículo 135, una acción popular, que procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la nueva Constitución boliviana.

Esta acción popular, según el artículo 136 de la Constitución, puede interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos, no siendo necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir. Además, la acción la puede interponer cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad.

En cuanto al procedimiento de la acción popular, se le aplica el de la acción de Amparo Constitucional, establecido en los artículos 128 y 129 de la Constitución, y se caracteriza por ser breve y sumario.

### **3.2.3. Pluralismo jurídico.**

El pluralismo jurídico, se encuentra reconocido constitucionalmente, en varias disposiciones<sup>369</sup>. En el artículo 178, se incorpora la variable cultural para el ejercicio de todas las actividades jurisdiccionales<sup>370</sup>.

Artículo 178. I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Luego el artículo 179 de la Constitución, señala los tipos de órganos que ejercen jurisdicción, colocando en un plano de igualdad<sup>371</sup>, a los de jurisdicción indígena y ordinaria.

---

<sup>369</sup> En la Constitución Boliviana de 1994, el artículo 171 párrafo 3° señalaba que: "Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado". El precepto Constitucional precitado, había sido objeto de críticas, porque no se hablaba de que se ejercerá una función jurisdiccional, sino de que se ejercerá funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos. Con ello existía una concepción más restrictiva que en otras Constituciones andinas y que en la práctica se traducía en límites al ejercicio del pluralismo jurídico. Al respecto ver: CABEDO, Vicente. Ob. cit., pp. 146-150.

<sup>370</sup> Según Gonzalo Aguilar, Sandra Lafosse, Hugo Rojas y Rébecca Steward, la Constitución boliviana Bolivia ha pasado a ser la que mas desarrolla el derecho indígena, incluso por sobre los estándares internacionales, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho «al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión», en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena. En: AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca. Ob. cit., pp. 53-54.

“I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

El artículo 190 de la Constitución, señala que las naciones y pueblos indígenas ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

En la nueva Constitución de Bolivia, se acepta el pluralismo jurídico con el límite del respeto a la Constitución, las leyes y los derechos humanos. Así, “(...) se asigna a la justicia comunitaria el valor de sistema jurídico bajo el razonamiento de que cuenta con normas y procedimientos propios (derecho consuetudinario), además de dotarse de autoridades a las que se reconoce competencia (legitimidad) para administrar justicia”<sup>372</sup>.

El pluralismo jurídico, en Bolivia, estaría dirigido a resolver conflictos individuales y colectivos que garantizarían la convivencia armónica de las comunidades y pueblos indígenas. La extensión de la jurisdicción indígena, en cuanto a su competencia, no tendría un límite en razón de la materia, gravedad o cuantía de los casos a resolver, salvo los que expresamente señala la Ley de Deslinde Jurisdiccional, en su artículo 10<sup>373</sup>. Para Vicente Cabedo<sup>374</sup>, ello se encontraría en concordancia con el Convenio N°

---

<sup>371</sup> Ello se desprende del texto constitucional, pero luego es reconocido expresamente en la Ley de Deslinde Jurisdiccional, dictada en el año 2010, en la que se establece como uno de sus principios, establecidos en el artículo 4°, que: “Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía”.

<sup>372</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 922.

<sup>373</sup> El Artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, señala que: “El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias: a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito

169 de la OIT, el que no reduce el ámbito de competencia de la jurisdicción indígena a los asuntos civiles, sino que comprende incluso materias de índole penal. El artículo 9 del Convenio N° 169, señala que:

“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”.

Así el artículo 191, de la Constitución establece que:

“La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”.

---

cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario; c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente”.

<sup>374</sup> CABEDO, Vicente. Ob. cit., pp. 156-157.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional, fue dictada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, el día 29 de diciembre de 2010, y en ella, se señala como ámbito de competencia de la jurisdicción indígena, el siguiente:

“Artículo 8. (ÁMBITOS DE VIGENCIA). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente”.

Luego en su artículo 9, se establece en lo respectivo a la competencia personal, que estarán sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Finalmente en lo relativo a la competencia territorial de la jurisdicción que ejerza cada pueblo indígena, ella estaría delimitada, en conformidad al artículo 11, por: “(...) las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley”.

#### **3.2.4. Ciudadanía en el Estado Plurinacional de Bolivia.**

La ciudadanía se refiere a la relación entre el individuo (clave liberal) o grupos (clave comunitaria) con el Estado. En la relación se responden las preguntas de: ¿qué derechos y obligaciones tienen los integrantes de una sociedad respecto al Estado?, ¿cómo establece el Estado qué tipos de derechos puede satisfacer?, ¿quiénes califican como ciudadanos y que papel juegan estos para determinar las formas en que se gobierna la sociedad?

El sociólogo Marshall describió tres conjuntos de derechos necesarios para una ciudadanía plena: civiles, políticos y sociales. “En base al modelo de Marshall, los teóricos de la democratización y la sociedad civil promulgaron un ideal de ciudadanía

liberal en la que los ciudadanos portadores de derechos participan como iguales y orientan el proceso formal de toma de decisiones políticas”<sup>375</sup>.

El modelo precitado, es la base de la ciudadanía en las democracias latinoamericanas, con las tensiones que se producen por la realidad étnica y social de los países. Se plantea que incluso aunque en Latinoamérica los pobres y los indígenas gozaran de plenos derechos civiles, políticos y sociales, su desigualdad y falta de reconocimiento, los encontraría siempre más abajo que al resto de los integrantes de la sociedad<sup>376</sup>. Esto conecta, con la necesidad de reconocimiento y redistribución conjuntas, que requieren grupos bivalentes, los que sólo con reconocimiento no logran restablecer su falta de status en la sociedad y por ende, siguen siendo objeto de injusticias y discriminación<sup>377</sup>.

Así, la nueva constitución Boliviana plantea la ciudadanía tomando en consideración la realidad multicultural del país y fuera de los márgenes clásicos del liberalismo. Podríamos plantear que el concepto de ciudadanía que diseña la constitución esta entre los planteamientos del liberalismo igualitario y el comunitarismo.

La ciudadanía en Bolivia, tendría características del comunitarismo y del liberalismo igualitario, con una herencia conceptual del liberalismo. Determinar los alcances y límites de ésta nueva situación, son para otro trabajo. Sin embargo, me interesa visualizar cual podría ser el futuro de la ciudadanía en realidades multiculturales como las de Bolivia.

La nueva Constitución, combina las instituciones políticas liberales con las indígenas originarias. Se da énfasis a la participación directa de los ciudadanos, a través de diversos medios como los referéndums, iniciativa ciudadana de ley o consultas previas. Se incorpora, de la concepción comunitaria, la adopción de decisiones consensuadas,

---

<sup>375</sup> GREY, Nancy. Ob. cit., p. 316.

<sup>376</sup> Al respecto ver el trabajo de: CALDEIRA, Teresa, y HOLSTON, James. Democracy and violence in Brazil. *Comparative Study of Society and History*. 41(4): 691-729, 1999.

<sup>377</sup> Sobre éste punto ver: FRASER, Nancy. Ob. cit., pp. 30-31.

amplia deliberación, autoridades propias, participación directa, revocación de mandato, entre otros<sup>378</sup>.

### **3.2.5. Modelo de desarrollo económico social y tratamiento de los recursos naturales.**

En la nueva Constitución boliviana, se consagra un modelo de desarrollo ligado a la cosmovisión indígena. La economía social y comunitaria complementa el interés individual con el “vivir bien colectivo”. Así lo preceptúa la Constitución en el artículo 306.III, al señalar que:

“La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo”.

Para Carlos Romero, los principios orientadores del modelo de desarrollo boliviano, apuntan a lograr el “vivir bien”, que es un concepto derivado de la cosmovisión indígena y que hace referencia al bienestar y solidaridad entre las personas y colectividades<sup>379</sup>.

En la nueva Constitución Boliviana, se establece como una obligación de parte del Estado, la explotación sustentable de los recursos naturales, el que tiene una versión de derecho individual e intergeneracional. Ello está contemplado en el artículo 33.I de la Constitución, en el siguiente sentido:

“Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y

---

<sup>378</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 910..

<sup>379</sup> ROMERO, Carlos. Ob. cit., p. 933.

colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”.

Además, en el artículo 342, se establece que es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente.

En el mismo sentido, se preceptúa en el artículo 405, que el desarrollo rural integral sustentable es parte fundamental de las políticas económicas del Estado, que priorizará sus acciones para el fomento de todos los emprendimientos económicos comunitarios y del conjunto de los actores rurales, con énfasis en la seguridad y en la soberanía alimentaria.

Todo lo anterior se traduce, en que el modelo de desarrollo económico, es una derivación del modelo plurinacional del Estado, el que incorpora la visión de los pueblos indígenas en el desarrollo económico y por ende, el debido respeto para con la naturaleza. Para Barolomé Clavero, el “(...) buen vivir traduce *sumak kawsay*, *suma gamaña* o *ñandereko*, expresiones que se vinculan a una determinada concepción de la naturaleza tan inclusiva que la humanidad guardaría con ella una relación de dependencia por filiación. Buen vivir es entonces concreción de la plurinacionalidad como aportación específica de las naciones indígenas a un constitucionalismo más humano por más natural”<sup>380</sup>.

### **3.3. Complejidades, perspectivas y retos del nuevo marco constitucional, en su relación con la diversidad cultural.**

Desde la aprobación de la nueva Constitución en el año 2009, se ha comenzado la refundación del Estado boliviano. Para ello ha sido necesaria la dictación de las leyes que señala la Constitución para su puesta en práctica. Así se han aprobado, entre

---

<sup>380</sup> CLAVERO, Bartolomé. Ob. cit., p. 14.



otras, las siguientes: 1. La Ley Marco de las Autonomías y Descentralización<sup>381</sup>; 2. La Ley del Órgano Electoral Plurinacional<sup>382</sup>; 3. La Ley de Deslinde jurisdiccional<sup>383</sup>; 4. La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>384</sup>.

En el plano político social, hoy en Bolivia se vive la mayor revolución de su historia. Los pueblos indígenas son los que gobiernan hoy el país y los que deciden el futuro y modelo de desarrollo a seguir. En ese sentido Álvaro García Linera señala:

“(…) las formas organizativas comunales, agrarias, sindicales del movimiento indígena contemporáneo, con sus formas de deliberación asambleística, de rotación tradicional de cargos, en algunos casos, de control común de medios de producción, son hoy los centros de decisión de la política y buena parte de la economía en Bolivia. Hoy, para influir en los presupuestos del Estado, para saber la agenda gubernamental no sirve de nada codearse con altos funcionarios del Fondo Monetario, del BID, de la Embajada norteamericana o europeas. Hoy los circuitos del poder estatal pasan por los debates y decisiones de las asambleas indígenas, obreras y barriales. Los sujetos de la política y la institucionalidad real del poder se ha trasladado al ámbito plebeyo e indígena. Los llamados anteriormente “escenarios de conflicto” como sindicatos y comunidades, hoy son los espacios del poder factico del Estado. Y los

---

<sup>381</sup> Esta Ley fue dictada en julio del año 2010 y regula el procedimiento para la elaboración de los Estatutos autonómicos departamentales, la transferencia y delegación de competencias, el régimen económico financiero y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas. Además tiene por misión compatibilizar las competencias de cuatro autonomías eventualmente “superpuestas” en un mismo territorio. Estas son: autonomías departamentales, autonomías regionales, autonomías municipales y autonomías indígenas. Indudablemente la discusión mayor será sobre el alcance de cada una de ellas. Disponible en: <http://www.vicepresidencia.gob.bo>.

<sup>382</sup> La ley fue aprobada en junio de 2010. El Órgano Electoral Plurinacional es un órgano del poder público del Estado Plurinacional y tiene igual jerarquía constitucional a la de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Se relaciona con estos órganos sobre la base de la independencia, separación, coordinación y cooperación (artículo 2º). Está formado por 7 miembros de los cuales, al menos 2, serán de origen indígena. La Asamblea Legislativa Plurinacional designa a 6 de ellos por mayoría de 2/3 mientras que el restante es nombrado por el Poder Ejecutivo, según establece la Constitución. Ley disponible en <http://www.vicepresidencia.gob.bo>.

<sup>383</sup> Aprobada en diciembre del año 2010 y a la que ya me he referido en el punto 3.2.3 del presente capítulo.

<sup>384</sup> Aprobada en julio de 2010. Ley disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo>.

anteriormente condenados a la subalternidad silenciosa, hoy son los sujetos decisores de la trama política. Este hecho de la apertura del horizonte de posibilidad histórica de los indígenas, de poder ser agricultores, obreros, albañiles, empleadas pero también cancilleres, senadores, ministras o jueces supremos, es la mayor revolución social e igualitaria acontecida en Bolivia desde su fundación. “Indios en el poder”, es la frase seca y despectiva con la que las señoriales clases dominantes desplazadas anuncian la hecatombe de estos 6 años”<sup>385</sup>.

Siguiendo con esa perspectiva de análisis y buscando identificar los principales problemas o complejidades que enfrenta el Estado plurinacional boliviano, Álvaro García Linera señala cuatro aspectos que el denomina “las tensiones creativas de la revolución”<sup>386</sup>, que son: 1. La Relación entre el Estado y los movimientos sociales; 2. Flexibilidad hegemónica frente a la firmeza en el núcleo social; 3. Intereses generales frente a intereses particulares y privados; 4. El socialismo comunitario del vivir bien.

De los aspectos señalados por Álvaro García Linera, que tienen relevancia para los objetivos del presente trabajo y conectan con otros aspectos complejos del proceso que señalo luego, destaco los siguientes:

1. Flexibilidad hegemónica frente a la firmeza en el núcleo social. Esta tensión, es aquella que se da entre la amplitud social del proceso revolucionario (la incorporación creciente de muchos sectores) y la necesidad de garantizar la conducción indígena, campesina, obrera y popular del mismo<sup>387</sup>. Es el riesgo de que por la amplitud que va alcanzando y requiere el proceso, pierda su esencia de estar diseñado para la nación plebeya.
2. El socialismo comunitario del vivir bien. Esta tensión se produciría, por la “necesidad y voluntad de industrialización de las materias primas, y la

---

<sup>385</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. El pueblo boliviano vive la mayor revolución social, 2012, [en línea]. <<http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicaciones>> [consulta: 20 abril 2012].

<sup>386</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2011) Ob. cit. pp. 28-72.

<sup>387</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2011) Ob. cit. pp. 38-41.

necesidad imprescindible del Vivir Bien entendido como la práctica dialogante y mutuamente vivificante con la naturaleza que nos rodea”<sup>388</sup>.

Conectando con los puntos anteriores, Raúl Ávila, anota un punto crucial al respecto. Éste, yace en el fondo de la configuración del nuevo modelo de Estado, y es “(...) si sus términos existenciales fundamentales: el identitario y cultural, el etnonacionalismo y el comunitarismo, la aspiración por un modelo de gobierno democrático y productivo, inclusivo y justo, al fin pueda hacerse viable, lo que supone su conciliación con la tradición liberal y social que alimenta el patrimonio constitucional de Occidente e implicaría la no reversión de la exclusión y la desigualdad en relación con las nuevas minorías políticas no indígenas del país”<sup>389</sup>. Incluso cabría agregar, no solo a las minorías no indígenas, sino que a otros indígenas o pueblos indígenas que son minorías en relación con el pueblo quechua o aymara, entre otros, que son los fundamentales al momento de la decisión política<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> GARCÍA LINERA, Álvaro. (2011) Ob. cit. pp. 62-63.

<sup>389</sup> AVILA, Raúl. Ob. cit., p. 888.

<sup>390</sup> En éste punto vale tomar en consideración, los hechos ocurridos durante el mes de septiembre del año 2011, con la protesta de los pueblos indígenas de las denominadas tierras bajas en defensa del territorio indígena y el Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) y en contra de la construcción de una carretera, que fue reprimida por la policía. El hecho fue presentado ante la opinión pública como la pérdida de apoyo indígena del gobierno de Evo Morales. Se afirmó que el gobierno boliviano se empeñó en construir la carretera porque había recibido apoyo económico de la empresa petrolera brasileña Petrobras (OAS). Sobre éste punto Álvaro García Linera, señala: “El conflicto sobre el TIPNIS ha involucrado a algunos pueblos indígenas de tierras bajas, manteniéndose el apoyo de los indígenas de tierras altas y valles, que son el 95% de la población indígena de Bolivia. Y de los indígenas movilizados, la mayor parte eran dirigentes de otras zonas que no son precisamente del TIPNIS, pero que cuentan con un apoyo sistemático de organismos no gubernamentales ambientalistas, varias de ellas financiadas por USAID, además del respaldo de las principales redes de comunicación televisiva privada, de propiedad de viejos militantes de la oligarquía separatista, y con amplia influencia en la construcción de la opinión pública de clase media. Las divisiones internas son tan variadas, que estos días ha llegado a La Paz otra marcha, también de indígenas de tierras bajas, y con mayor presencia de indígenas del TIPNIS, que demandan la construcción de la carretera por el parque, argumentando que no es posible que se los margine de los derechos a la salud, educación y transporte a los que hoy solo pueden acceder después de días de caminata. Ciertamente el problema es complejo. Están entremezclados temas propios del debate revolucionario, como el del difícil equilibrio entre el respeto a la madre tierra y la necesidad urgente de vincular al país después de siglos de desvertebración aislacionista de regiones. Está el debate entre la relación orgánica y el liderazgo de los pueblos indígenas de tierras altas (Aymaras y Quechuas) en el Estado Plurinacional, diferente a la relación aún ambigua con el Estado Plurinacional por parte de los pueblos indígenas de tierras bajas, ya sea por su dispersión territorial, su débil presencia demográfica, la propia ausencia de experiencia

De igual forma, cabe tomar en consideración las principales preocupaciones de los organismos especializados de las Naciones Unidas, dentro de los que destacan el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para Bolivia, sobre aspectos del nuevo modelo de Estado que se contradicen con el debido reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos, de grupos culturales e individuos, en el marco multicultural.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en marzo de 2011, realizó una larga lista de recomendaciones al Estado boliviano, entre las que cabe destacar, las siguientes:

1. "Si bien el Comité nota con aprecio el reconocimiento constitucional de la igualdad de derechos civiles y políticas de las comunidades indígenas y los avances en la representación indígena en el Gobierno al más alto nivel, le preocupa que en la práctica, miembros de dichas comunidades sigan siendo objeto de discriminación y estén subrepresentados en todos los órganos de poder público y de toma de decisión. Preocupa que la Ley de Régimen

---

estatal propia pre-colonial, o la aún predominante presencia de relaciones de subordinación a los hacendados locales que limitan la experiencia de la soberanía social, imprescindible para una relación orgánica con el Estado. Pero también está de por medio, la estrategia de la oligarquía regional cruceña de impedir esa carretera que desvincularía la actividad económica de toda la amazonia (el Beni) de su control empresarial. Esta el interés norteamericano de resguardar la amazonia como SU reservorio de agua y biodiversidad, y el de promover divisiones al interior de los liderazgos indígenas para crear condiciones para la expulsión de los indígenas del poder estatal. Esta el interés de algunas ONGs ambientalistas acostumbradas a hacer grandes negocios privados con los parques, o con la viabilización de obras en esos parques. En todo caso, en medio de esta trama de interés, como gobierno tenemos que tener la capacidad de resolver democráticamente las tensiones internas, y de develar y neutralizar los intereses contrarrevolucionarios que muchas veces se viste de ropaje pseudo revolucionario". En: GARCÍA LINERA, Álvaro. (2012) Ob. cit. Pp. 5-6. Pese a las explicaciones dadas por Álvaro García Linera, se debe anotar que esos hechos y la violencia estatal fueron constatados por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe anual, del año 2012. En el que se recomienda al Estado: "realizar una investigación imparcial de las violaciones a derechos humanos cometidas durante la operación policial de represión de los marchistas por el TIPNIS, respetando los derechos al debido proceso de los eventuales acusados. La Alta Comisionada recomienda además que se tome en cuenta, entre otras fuentes para las investigaciones, el informe publicado por el Defensor del Pueblo". En: CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia, 2012, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/103/36/PDF/G1210336.pdf?OpenElement>> [consulta: 20 abril 2012].

Electoral, al contemplar únicamente siete escaños de circunscripciones especiales de un total de 130 representaciones, infringe la Constitución Política del Estado y la Convención. Es de especial preocupación para el Comité la situación de las mujeres, quienes padecen discriminación múltiple e intersectorial fundada tanto por su origen étnico como por su género, ocupación y pobreza (arts. 2 y 5, párr. b y c).

El Comité recomienda que el Estado parte lleve a cabo las medidas necesarias, incluso a través de la Ley de Régimen Electoral, para garantizar la representación política de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El Comité recomienda al Estado parte que tome en cuenta su Recomendación general No. 25 (2000) sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género así como la Recomendación general No. 32 (2009) del Comité sobre las medidas especiales o de acción afirmativa y recomienda al Estado parte que considere iniciar medidas especiales para garantizar la representación adecuada de las comunidades indígenas y en especial de las mujeres, en todos los niveles de la administración pública y mecanismos de participación social<sup>391</sup>.

2. El Comité reitera su recomendación previa e insta al Estado parte a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y en el Presupuesto General de la Nación, para garantizar la igualdad de derechos, incluyendo los derechos civiles y políticos, el derecho a la educación, a la vivienda y al empleo. Alienta al Estado Parte a que adopte mecanismos destinados a asegurar la participación de las comunidades afrobolivianas en el diseño y aprobación de normas y políticas públicas, y en la realización de proyectos que les afecten.
3. “El Comité recomienda al Estado parte adoptar medidas urgentes para garantizar el pleno ejercicio de los derechos del pueblo guaraní, incluyendo la aceleración del proceso de recuperación de tierras ancestrales. Le recomienda al Estado parte intensificar sus esfuerzos para prevenir, investigar y procesar

---

<sup>391</sup> Recomendación N° 13. En: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, Bolivia, 2011, [en línea]. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Boliviia\\_AUV\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Boliviia_AUV_sp.pdf)> [consulta: 12 de abril 2012], p. 3.

debidamente las formas contemporáneas de la esclavitud y garantizar el acceso a la justicia por parte del pueblo guaraní. Alienta también al Estado parte a establecer de forma urgente un plan de desarrollo integral con fondos suficientes que responda específicamente a las necesidades del pueblo guaraní, en consulta con sus comunidades, que desarrolle sus capacidades y las condiciones de igualdad para asegurar el disfrute de sus derechos. Así mismo, le recomienda al Estado parte llevar a cabo iniciativas para aumentar la sensibilización de la población en general sobre la necesidad de erradicar el trabajo forzado y la servidumbre y que continúe su colaboración con las agencias especializadas de las Naciones Unidas relevantes en este aspecto”<sup>392</sup>.

4. “Si bien existe el derecho constitucional a la consulta de los pueblos y naciones indígena originario campesinos y afrobolivianos, el Comité expresa su preocupación por las dificultades para su aplicación práctica. Le preocupa la falta de regulación para la consulta de las comunidades pertenecientes a pueblos y naciones antes mencionados en todos los sectores excepto en hidrocarburos, y que incluso cuando existen mecanismos para regular la consulta para obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades, dicha consulta no se aplica de manera sistemática en relación con proyectos de explotación de recursos naturales, y regionales de infraestructura. En este respecto, el Comité expresa su preocupación por la violación al derecho constitucional de consulta en el caso del proyecto de extracción metalúrgica de Coro Coro (arts. 5 y 6). El Comité exhorta al Estado parte a desarrollar mecanismos prácticos para la implementación del derecho a la consulta de una manera que respete el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos y comunidades afectadas y a garantizar la implementación sistemática y de buena fe de dichas consultas. También recomienda que un organismo independiente lleve a cabo estudios de impacto antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos

---

<sup>392</sup> Recomendación N° 18. En: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. (2011) Ob. cit., p. 5.

naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos y naciones indígena originario campesinos y afrobolivianos”<sup>393</sup>.

5. “El Comité expresa su preocupación por reportes de la discriminación y la hostilidad a la que son sujetos los migrantes en el Estado parte y la vulnerabilidad particular de los solicitantes de asilo, los niños extranjeros no acompañados, y de las mujeres víctimas de la trata. Preocupan también al Comité la falta de documentos de identificación de los solicitantes de asilo, los casos de devolución arbitraria de los refugiados y la falta de normativa nacional acorde a los estándares internacionales de protección de los refugiados (art. 5). El Comité alienta al Estado parte a desarrollar la normativa que establezca los derechos de los refugiados y el carácter gratuito de los documentos de identificación, así como para capacitar y dar formación constante y adecuada a funcionarios públicos, incluidos a los agentes fronterizos para que no se lleven a cabo procedimientos contrarios a los derechos humanos. Le recomienda que siga cooperando con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados e insta al Estado parte a velar por que ningún refugiado sea devuelto por la fuerza a un país en el que haya razones fundadas para creer que puedan sufrir graves violaciones de los derechos humanos. El Comité pide al Estado parte que intensifique sus esfuerzos para generar e implementar campañas educativas con objeto de cambiar la percepción social y la actitud pública para combatir la discriminación racial en todos los sectores de la sociedad”<sup>394</sup>.
6. “El Comité, al tiempo que toma nota con interés la coexistencia de las varias jurisdicciones legalmente reconocidas, se lamenta que al excluir ciertos ámbitos de vigencia personal, material y territorial la justicia indígena no está adecuada a la Constitución Política del Estado ni a la Convención y no corresponde a la realidad de coexistencia entre personas indígenas y no indígenas. Preocupa al Comité que, en la práctica, existen sectores de la población que continúan teniendo dificultades para acceder a la justicia, en particular los indígenas y las

---

<sup>393</sup> Recomendación N° 20. En: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. (2011) Ob. cit., pp. 5-6.

<sup>394</sup> Recomendación N° 21. En: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. (2011) Ob. cit., p. 6.

mujeres y reitera su preocupación por las dificultades de acceso al recurso judicial en casos de delitos relacionados a la discriminación racial (CERD/C/63/CO/2 par.17). También expresa su preocupación por la falta de claridad en la ley de deslinde jurisdiccional con respecto a los niveles y mecanismos de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones existentes en el Estado parte. (art. 4, 5 a, y 6). El Comité recomienda que el Estado parte prevea una adecuación a la Ley de Deslinde Jurisdiccional y exhorta al Estado parte a proseguir sus esfuerzos para crear un ordenamiento jurídico interno que dé pleno efecto a las disposiciones de la Convención y para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y el acceso efectivo en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos a las vías de recurso, a través de los tribunales nacionales y otras instituciones estatales competentes, contra todo acto de discriminación racial y las formas conexas de intolerancia”<sup>395</sup>.

En varios de los puntos anteriores, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para Bolivia, en su informe de febrero del año 2012, coincide en sus preocupaciones con las señaladas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Por ello, sólo señalo un punto de su informe que no estaría comprendido en el del Comité, el que dice relación con la falta de observancia con el derecho a la Consulta, establecido tanto en el Convenio N° 169, de la OIT, como en la nueva Constitución de 2009. Al respecto la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, señala:

“Durante el periodo se incrementaron reclamos alegando violaciones al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Varios proyectos han sido aprobados e implementados por el Estado, sin la consulta previa de conformidad al derecho internacional. La oficina en Bolivia constata que, no obstante, este derecho haya sido reconocido en la Constitución y en la ley que incorporó en el marco normativo nacional la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos

---

<sup>395</sup> Recomendación N° 22. En: COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. (2011) Ob. cit., p. 6.



de los pueblos indígenas, el Estado no cuenta aún con un marco legal específico (salvo en materia de hidrocarburos) o con mecanismos institucionalizados que garanticen la observancia del derecho a la consulta. Al respecto, la oficina en Bolivia recibió denuncias por falta de consulta o de consentimiento libre, previo e informado sobre exploración y explotación de recursos naturales en La Paz, Oruro, Potosí, Tarija y Santa Cruz, al igual que sobre el proceso de elaboración de nuevas normas, como en el caso de la Ley N.º 0144 (...). La Alta Comisionada insta al Gobierno a garantizar el respeto del derecho a la consulta de los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, mediante normas y procedimientos apropiados, según lo establecido por la Constitución y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y adoptar una legislación correspondiente”<sup>396</sup>.

Desde una óptica política, el nuevo modelo de Estado en Bolivia, es un entramado complejo y sin precedentes en la historia constitucional de occidente, en lo que se refiere a la plurinacionalidad. Ello implica que el funcionamiento y la estabilidad del mismo, es quizás el principal desafío que tiene la sociedad boliviana. En ese sentido, uno de los retos, será resolver la distancia que ha existido en Bolivia –como en el resto de Suramérica- entre la constitución real y la formal<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia, 2012, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/103/36/PDF/G1210336.pdf?OpenElement>> [consulta: 20 abril 2012], pp. 17-18.

<sup>397</sup> Similar argumento, señala Raúl Ávila: “(...) uno de los retos más sensibles quizá consista en resolver el problema al que se enfrenta toda experiencia constitucional latinoamericana, y que radica en sincronizar la dimensión normativa con la simple realidad, de manera tal que se evite la presencia de una Constitución nominal”. En: AVILA, Raúl. Ob. cit., p. 888.

#### IV. CONCLUSIONES

En el primer capítulo del presente trabajo, aborde los aspectos conceptuales y normativamente más complejos de las posturas filosóficas políticas y jurídicas que han tratado el multiculturalismo. Del análisis metateórico realizado, se ha podido constatar que desde la óptica del comunitarismo, el reconocimiento normativo y social de la diversidad cultural es fundamental para lograr el pleno respeto de la identidad de las personas. Para la óptica comunitaria, la igualdad cultural, permite reconocerse y ser reconocido, algo fundamental para la identidad personal y del grupo.

Además, para el comunitarismo, el grupo cultural juega un papel central en la construcción de identidad, por lo que reconocer dicho valor y por ende otorgar ciertos derechos de supervivencia cultural y representación política, es parte central de su visión filosófica política.

De igual forma, de la revisión metateórica, se puede concluir que hoy en el marco de la filosofía liberal, el aspecto de reconocimiento cultural dejó de ser un tema en el cual el sistema normativo se debía mantener al margen, lograr lo que se denominaba la neutralidad cultural del mismo. Hoy existiría consenso, dentro de la filosofía liberal, en lo que Kymlicka denominó como “culturalismo liberal o liberalismo igualitario”.

Para el liberalismo igualitario, el plano cultural es importante, ya que dentro de ese horizonte de perspectivas se ejerce la libertad, valor central en la filosofía política del liberalismo.

De esta forma, tanto para liberales igualitarios o culturales, así como comunitaristas, actualmente existe un consenso en que la cultura es un valor políticamente relevante en las democracias y reconocen que un Estado no puede ni ha sido, “culturalmente neutro”. El Estado violaría el principio de igualdad y de igual respeto a sus ciudadanos si no reconoce y acomoda adecuadamente a las diferentes culturas a las que pertenecen los habitantes de la república.

En lo que se refiere a la justicia, también hay acuerdo, en que los derechos diferenciados responden a razones de reparación y equidad, ya que ellos serían un medio para corregir las injusticias cometidas por los Estados históricamente en contra de las minorías culturales. Ello ha sido reconocido expresamente en el desarrollo del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, tal y como ya lo he revisado en el capítulo primero del presente trabajo.

Con ello, el debate en torno al multiculturalismo, actualmente se encuentra en un plano inferior, principalmente en lo que dice relación al tipo reconocimiento de la diversidad cultural en la constitución, a la implementación del pluralismo jurídico, a los derechos de los grupos, a la representación política diferenciada, a la implementación de la normativa internacional y a la adecuación de las instituciones y operadores jurídicos a éste nuevo paradigma.

Tal y como ya lo señale en el punto 1.6.2 del Capítulo Primero, con sus diferencias de alcance y profundidad, la gran mayoría de los países de América han reconocido su diversidad cultural de vertiente indígena en sus constituciones, siendo Chile una excepción dentro del continente.

De esta forma, el análisis metateórico sobre el multiculturalismo ha sido útil para revisar el estado actual sobre las políticas al respecto y poder poner en ese contexto la realidad de Chile, la que fue abordada en el capítulo segundo del trabajo.

En Chile, a diferencia del resto de América en materia indígena y de Europa en cuanto a la inmigración, el debate acerca del multiculturalismo se encuentra en un terreno conceptual y normativo, bastante incipiente y básico. En el ámbito académico, sólo durante los últimos años se están escribiendo trabajos, y la gran mayoría de ellos giran en torno al tema indígena. En el plano político, el debate es pobre en cuanto a contenidos. Una de las razones que explica lo primario del debate multicultural en Chile, es que una parte importante de la derecha chilena, se encuentra anclada en concepciones nacionalistas de índole pre políticas y la derecha liberal, está atrapada en las categorías más clásicas del liberalismo. Los intelectuales liberales de la derecha chilena, se oponen al reconocimiento constitucional de la categoría de pueblo indígena

y de derechos colectivos, con argumentos que dentro de la cultura liberal ya han sido superados en el resto del mundo.

Del análisis realizado a realidad del multiculturalismo en Chile, con lo matices entregados en el cuerpo del trabajo y a modo de conclusión, señalo lo siguiente:

1. En el plano del desarrollo normativo, la política general del Estado chileno, hacia la diversidad cultural de variable indígena, se ha centrado a lo largo de su historia, principalmente buscando la asimilación cultural. Ello ha tenido altos y bajos, pero dentro de una constante de asimilación. El punto más álgido de la misma, fue la impulsada por la dictadura militar, cuya legislación y práctica buscó decididamente terminar definitivamente con la comunidad indígena.
2. Debido a lo anterior, la demanda indígena de reconocimiento constitucional y devolución de tierras, tiene justificación histórica y puede ser calificada como de reparación necesaria de parte del Estado. Dicha reparación es justa y ello puede ser argumentado desde un doble punto de vista. Primero en cuanto a la falta de respeto de parte del Estado y la sociedad chilena para con la cultura indígena, produciendo en su grupo y en los individuos que lo componen, falsos reconocimientos y daño a su identidad. Un segundo aspecto, es la necesaria restitución de las tierras que injustamente le han sido usurpadas a los pueblos indígenas, a través de distintos mecanismos legales e incluso por el uso de la fuerza, siempre de parte del Estado o amparado por él.
3. Desde el año 1990 hasta ahora, se ha vivido un proceso de tímido reconocimiento por parte del Estado hacia los pueblos indígenas. Principalmente con la dictación de la Ley Indígena y la posterior ratificación del Convenio N° 169 de la OIT. Sin embargo, éste proceso, se ha encontrado marcado por una constante oposición de la derecha chilena, por la represión, en alza durante los últimos años, del movimiento indígena de parte de los gobiernos de la Concertación y por el constante debilitamiento de la confianza de los representantes de las organizaciones indígenas para con los partidos políticos de la Concertación y la Derecha.
4. En el plano de la normativa de inmigración, en Chile se ha presentado una confusión al respecto. No se puede visualizar una política clara y concreta,

tanto en el desarrollo normativo de la misma, como en las agendas políticas de los últimos años. Sin embargo, Chile ha ratificado los principales tratados internacionales al respecto y la Constitución Política es de las pocas en el mundo en reconocer el derecho al sufragio activo de los extranjeros que se encuentren vecindados en Chile durante los últimos cinco años.

5. Siguiendo en el plano de la inmigración, un aspecto importante a considerar es el desenvolvimiento institucional del Estado en esa área. En cuanto a la administración de justicia, derivado de todo lo ya mencionado, se aprecia poca preparación de jueces y operadores del sistema, para abordar los complejos retos jurídicos en éste ámbito. En la arista educacional y de funcionamiento institucional, se puede constatar poca preocupación y confusión en las políticas públicas al respecto.
6. La Constitución Política de Chile, pese a las múltiples reformas que ha tenido, mantiene en su aspecto ideológico la herencia de la Constitución de 1980. Tal y como analicé, en el Capítulo segundo y específicamente en los puntos 2.2 y 2.3.3, la actual Constitución Política de Chile no da el margen suficiente para que se pueda dictar legislación más avanzada en materia multicultural. Además se encuentra en una tensión importante con el Convenio N° 169 de la OIT, siendo necesario para avanzar al respecto, abrir su techo ideológico, como señala el profesor Francisco Zúñiga.

Por todo lo anterior, considero que el reconocimiento de la diversidad cultural en Chile, se debe dar en el plano constitucional. Sólo un reconocimiento en dicho espacio, puede servir para que Chile avance realmente en el respeto debido para con los grupos culturales que conviven en el país.

Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿Qué tipo de reconocimiento cultural se debe establecer en la Constitución Política? ¿Cuál es la profundidad del reconocimiento cultural de índole constitucional? ¿Qué tipo de derechos constitucionales es necesario reconocer?

Antes de responder a esas preguntas, revisaré las conclusiones que se pueden obtener de la experiencia de Bolivia al respecto. Ya que al mirar el camino desarrollado

por el país vecino, se puede analizar cuáles de las medidas políticas y normativas pueden ser útiles para el proceso chileno.

En el plano político, el proceso boliviano deja algunos aspectos importantes a considerar. En primer lugar, el tránsito en Bolivia del reconocimiento constitucional y legal de la diversidad cultural al Estado Plurinacional, se debe en una gran medida a que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas realizado en el año 1994, las organizaciones indigenistas si bien las valoraron en un comienzo, luego levantaron el discurso que ellas no se correspondían con la práctica estatal y se estaban volviendo medidas normativas de tipo simbólico.

Lo anterior, tiene por explicación, que pese al reconocimiento constitucional, el sistema político boliviano siguió siendo discriminador para con los indígenas, llegando a expulsar del parlamento a Evo Morales en enero del año 2002. Además, el modelo económico boliviano no incorporó la forma de vida y la relación de los pueblos indígenas con la naturaleza, produciéndose un problema de desacoplamiento entre el reconocimiento constitucional del multiculturalismo y la práctica económica de los gobiernos bolivianos.

Un segundo punto importante a considerar del proceso político boliviano, es que los partidos políticos clásicos en dicho país, no incorporaron realmente en su discurso la óptica de los movimientos indígenas, ni tampoco a sus cuadros dirigentes. Al contrario, existía un gran desprecio a ellos y su forma de entender la política.

Como tercer y último aspecto, en el plano político, es que el proceso político para que Bolivia se transforme en un Estado Plurinacional, contó con la amplia participación del pueblo boliviano a través de una Asamblea Constituyente. Ello es importante para dar legitimidad a un cambio constitucional tan profundo, el que necesariamente debe devenir en un cambio cultural de la sociedad, para que pueda ir permeando la sociedad y desterrando las prácticas discriminadores y menospreciativas de la diversidad cultural, del otro, del indígena o del extranjero. Es importante tomar en consideración, que el proceso debe contar con la amplia participación de la sociedad y asegurar que las minorías tengan el adecuado espacio para entregar sus puntos de vista.

Lo anterior, conecta con lo que ha venido planteando en sus últimos trabajos el profesor Francisco Zúñiga Urbina, y que ha denominado como operación constituyente, a través de la cual se buscaría generar una nueva Constitución en Chile. Para el profesor Zúñiga, el debate sobre el procedimiento a ocupar para la reforma de la constitución, es importante y no puede entenderse como algo menor. Al respecto señala:

“Hoy por tanto plantear una nueva “Constitución del Bicentenario” exige hacerse cargo de un plexo de reformas de “primera” y de “segunda generación”, lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cual es el procedimiento adecuado, es adjetivo y, por ende, es una discusión distinta en la que se plantean como opciones: reforma o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar los bloqueos o chantaje que permiten los quórum ordinario-extraordinario de la reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución, sin válvula de salida a la soberanía popular como podría ser el referéndum constituyente”<sup>398</sup>.

En el plano normativo, la comparación de Bolivia con la realidad chilena se puede apreciar en el contraste. Desde ese punto de vista, es interesante al momento de analizar el caso chileno, desde un punto de vista de reforma, por cuanto el Estado Plurinacional representa hoy la figura de mayor desarrollo de los derechos indígenas en el continente. Así, su experiencia servirá para ver el comportamiento en la práctica del pluralismo jurídico, representación política electoral de los pueblos indígenas, la implementación de derechos culturales y la compatibilidad del desarrollo económico con la protección de la naturaleza y forma de vida de los pueblos indígenas.

El Estado Plurinacional en Bolivia, es un ejemplo arquetípico de reconocimiento constitucional de los derechos de los grupos, dentro de un sistema institucional que mezcla instituciones políticas de la tradición liberal, con la realidad comunitaria de su población. Así, el Estado Plurinacional Boliviano, no puede ser ubicado exclusivamente en una sola vereda filosófica política.

---

<sup>398</sup> ZÚÑIGA, Francisco. (2011) Ob. cit., p. 8.

Dicho lo anterior, considero que el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en Chile, debería realizarse contemplando dos objetivos, que son complementarios e igual de importantes. Estos serían: 1. Proceso de dialogo y consulta amplio; 2. Reforma sustantiva en materia de multiculturalidad.

El primero de ellos es que el proceso de reforma de la constitución donde se reconozca la diversidad cultural, debería realizarse dentro de un amplio dialogo y consulta con los pueblos indígenas y otras minorías culturales.

El desarrollo de éste proceso amplio de dialogo y consulta, se deberían ocupar los parámetros señalados en el Convenio N° 169 de la OIT, para el desarrollo de la consulta y de los cuales la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos señala como ellos se entienden en la práctica.

Para asegurar una “efectiva participación” de los pueblos indígenas y minorías culturales, el Estado tiene el deber de consultar activamente con ellos según sus costumbres y tradiciones, aceptar y brindar información, y promover la comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, y deben tener como fin llegar a un acuerdo<sup>399</sup>.

Junto a lo anterior, éste es uno de los temas que se suele llamar como de “Estado”, es decir, que requiere la participación y consenso del amplio espectro político, o al menos de las grandes mayorías. Por ello, es fundamental que la derecha chilena pueda ampliar sus horizontes en el debate y revisar los planteamientos que desde su propia filosofía política –el liberalismo- hacen autores como Kymlicka.

Tomando en consideración lo anterior, veo con preocupación, que la actual reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas, incorporé sólo esa variable

---

<sup>399</sup> Al respecto ver: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, 2010, [en línea]. <<http://www.cidh.org>> [consulta: 14 abril 2012].



de la multiculturalidad y se encuentre en proceso de tramitación, pese a que no contó con la consulta previa de los pueblos indígenas, ni de los grupos de inmigrantes.

Como segundo aspecto a considerar, es que la reforma a la Constitución que contemple un reconocimiento de la multiculturalidad, debe ser sustantiva e ir acompañada de un cambio en la práctica institucional y social. Si ello no ocurre, se corre el riesgo de que se transforme en una reforma de carácter simbólica, similar a lo que ocurrió en Bolivia con las reformas de 1994.

Por reforma sustantiva a la Constitución en ésta materia, entiendo por aquella que busque el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de Chile y contemple medidas concretas de reparación en el plano de reconstrucción de la comunidad indígena en torno a sus tierras ancestrales.

Para lo anterior, la reforma a la Constitución debiera contemplar al menos los siguientes puntos:

1. Dentro de las bases de la institucionalidad, se contemple un reconocimiento de que Chile es un país multicultural. Que se encuentra compuesto por múltiples culturas y naciones, dentro de las cuales están los pueblos indígenas ancestrales.
2. Establezca el deber del Estado de preservar y garantizar la diversidad étnica cultural del país, es decir, reconocer el derecho a la “supervivencia cultural”. En éste punto, se incluyen: 1. Los derechos de educación y el respectivo respeto a la diversidad cultural; 2. El reconocimiento constitucional de oficialidad de los idiomas y lenguas de los pueblos indígenas; 3. Reconocimiento y protección de las prácticas culturales y económicas de los pueblos indígenas y otras minorías culturales.
3. Consagrar derechos de grupo o colectivos, que dicen relación a derechos de representación política de los grupos culturales en los espacios de elección popular y las instituciones públicas. Con ello, se busca que el Estado en su conjunto tenga representación de la diversidad cultural en las instituciones que lo conforman, para que así, las políticas que ellas elaboren sean vistas y contemplen la visión multicultural.

4. Consagre derechos colectivos, en lo que respecta a la propiedad indígena y la especial relación de ellos para con la tierra y el medio natural. En éste punto, como parte del desarrollo legislativo, se debe establecer la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de sus áreas de desarrollo y por ende, dictar legislación especial de protección de los mismos.
5. Se establezca un mecanismo constitucional especial de expropiación de tierras que se encuentran en propiedad de particulares y que serían parte de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas.
6. El reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución. Entendiéndolo en un sentido amplio, es decir, en cuanto a la facultad para crear norma jurídica y adjudicarla. Obviamente, siempre con el límite de los derechos establecidos en la Constitución y los derechos humanos.
7. Aseguré el efectivo y real goce de todos los derechos fundamentales a la totalidad de los habitantes de la república, ya sean estos chilenos, indígenas o extranjeros.

Es importante considerar, que una reforma Constitucional de la índole reseñada, manteniendo dentro de la Constitución, el principio de subsidiariedad y el “orden público económico”, podría resultar inoficiosa y de muy difícil compatibilidad. Por ello, necesariamente, una reforma de éste tipo, pasa por una apertura completa del techo ideológico de la Constitución, pasa por una operación constituyente que dentro de sus tópicos contemple el reconocimiento de la multiculturalidad, pero que además, establezca un nuevo pacto social en Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Artículos y publicaciones.

1. AGUELO, Pascual, CHUECA, Ángel. La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 10: 117-126, 2005.

2. AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latina America. Pace International Law Review Online Companion. 2(2): 44-104, 2010.

3. AHUMADA, Marian. Derecho Indígena y Constitucionalismo Democrático: una mirada crítica. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 233-239.

4. ALVAREZ, Aurelia. La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 2: 9-52, 2003.

5. ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Madrid, Trotta, 2005, 496p.

6. APPIAH, Anthony. Identidad, Autenticidad, Supervivencia. Sociedades multiculturales y reproducción social. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y "la política del reconocimiento". 2º ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 213-232.

7. ASSIES, Willem, SALMAN, Ton. La democracia boliviana: Entre la consolidación, la profundización y la incertidumbre. Un análisis contextualizado de los

resultados de las elecciones de 2002 en Bolivia. Estudios Atacameños. 25: 79-101, 2003.

8. ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. Barcelona, Ariel, 2012, 280p.

9. AVILA, Raúl. Bolivia: La apuesta por el Estado unitario social de Derecho plurinacional comunitario. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J., y ZOVATTO, D. (Coords.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 879-888.

10. AYLWIN, José. *Antecedentes Histórico-Legislativos*, 1995, [en línea]. <<http://200.10.23.169/trabajados/legislativo.pdf>> [consulta: 23 abril 2012].

11. AYLWIN, José. *Pueblos Indígenas de Chile: antecedentes históricos y situación actual* [en línea]. <<http://www.estudiosindigenas.cl/centro-de-documentacion>> [consulta: 12 abril 2012].

12. AYLWIN, José. *El informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato y sus desafíos para el gobierno de Lagos*, 2003, [en línea]. <[www.centrofeycultura.cl/Mapuches\(nuevotratoJoseAlwin\).doc](http://www.centrofeycultura.cl/Mapuches(nuevotratoJoseAlwin).doc)> [consulta: 12 abril 2012].

13. AYLWIN, José. *La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y al territorio*. En su: *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 279-291.

14. BARROS, Alonso. *Identidades y propiedades: Transiciones territoriales en el siglo XIX atacameño*. Estudios Atacameños. 35: 119-139, 2008.

15. BASCOPÉ, Joaquín. *Entre el liderazgo y la representación: Alcances y límites del gobierno local indígena en Tirúa, Chile*. En: ASSIES, W., y GUNDERMANN, H. (Eds.). *Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en América Latina*. San Pedro de

Atacama, Chile, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo, Universidad Católica del Norte, 2007, pp. 258-289.

16. BENGUA, José. Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2000, 421p.

17. BENGUA, José. La emergencia indígena en América Latina. 2° ed. Santiago de Chile, Fondo de cultura económica, 2007, 343p.

18. BENGUA, José. El tratado de Quilín. Santiago de Chile, Catalonia, 2007, 131p.

19. BOCCARA, Guillaume y SEGUÉL-BOCCARA, Ingrid. Políticas Indígenas en Chile (siglos XIX y XX). De la asimilación al pluralismo. Revista de Indias. 217 (59): 741-774, 1999.

20. BONILLA, Daniel. La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999, 89p.

21. BONILLA, Daniel. La Constitución multicultural. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, 298p.

22. BONILLA, Daniel. Los derechos de las minorías culturales y las desigualdades de clase. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.17-36.

23. BOTERO, Catalina. Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso de Colombia. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.145-183.

24. BRAVO, Bernardino. La crisis de la idea de Estado en Chile, durante el siglo XX. En: GONGORA, Mario. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. 9° ed. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2010, pp. 383-403.

25. CABEDO, Vicente. Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina. Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004, 315p.

26. CALDEIRA, Teresa, y HOLSTON, James. Democracy and violence in Brazil. Comparative Study of Society and History. 41(4): 691-729, 1999.

27. CANO, Maria, SOFFIA, Magdalena, MARTINEZ, Jorge. Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio, 2009. [en línea]. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/37498/lcl3086-P.pdf>> [consulta: 12 abril 2012].

28. CARBONELL, Miguel. Constitucionalismo y Multiculturalismo. Derecho y cultura. 10(13): 21-80, 2004.

29. CASTRO, Milka. y VERGARA, Juan (Eds.). Jurisprudencia Indígena. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2009, 239p.

30. CHIHUAILAF, Elicura. Nuestra lucha es una lucha por ternura. En: CHIHUAILAF, Elicura, MILLAMÁN, Rosamel, DEVALPO, Alain, MASSARDO, Jaime, RUIZ, Carlos. Historia y luchas del pueblo Mapuche. Santiago de Chile, Le Monde diplomatique, 2008, pp.9-30.

31. CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 313-338.

32. CLAVERO, Bartolomé. Reconocimiento de Estados (no indígenas) por Pueblos (indígenas): Chile y Mapu, Caso y Categoría. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.107-128.

33. CLAVERO, Bartolomé. Estado plurinacional o bolivariano: nuevo o viejo paradigma constitucional americano, 2011, [en línea].

<<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>> [consulta: 19 marzo 2012].

34. CRISTI, Renato. El pensamiento político de Jaime Guzmán. 2° ed. Santiago de Chile, Lom ediciones, 2011, 300p.

35. CUMPLIDO, Francisco. La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. Revista Iut et Praxis. 1 (9): 365-374, 2003.

36. CUMPLIDO, Francisco. Reforma Constitucional en Chile, 2005, [en línea]. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/>> [consulta: 28 marzo 2012].

37. DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 446p.

38. DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter. Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Madrid, Trotta, 2007, 69p.

39. DONOSO, Sebastián. Chile y el Convenio 169 de la OIT: Reflexiones sobre un desencuentro, 2008, [en línea]. <<http://www.politicaspUBLICAS.uc.cl/media/publicaciones/pdf/20100623180129.pdf>> [consulta: 2 mayo 2012].

40. DURSTON, John. Poder local y movimiento étnico en Villarrica, Chile. En: ASSIES, W., y GUNDERMANN, H. (Eds.). Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en América Latina. San Pedro de Atacama, Chile, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo, Universidad Católica del Norte, 2007, pp. 161-198.

41. ESCUDERO, Rafael. Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.37-53.

42. ETCHEVERRÍA, Xabier. La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 63-83.

43. FAUNDES, Juan. 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. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 299-314.

44. FERNANDEZ, Ivanna. Apuntes sobre la Constitución Política del Estado boliviano. Revista Araucaria. 15 (8): 114-127, 2006.

45. FOERSTER, Rolf. El horizonte del municipio en la dirigencia de las comunidades mapuche del valle de Cayucupil, Chile. En: ASSIES, W., y GUNDERMANN, H. (Eds.). Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en América Latina. San Pedro de Atacama, Chile, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo, Universidad Católica del Norte, 2007, pp. 328-255.

46. FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento. Los mapuches en la sociedad chilena. En: GUNDERMANN, Hans, FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos. Santiago de Chile, Ril editores, 2003, pp. 105-178.

47. FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En: FRASER, Nancy, y HONNETH, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Morata, 2006, pp. 17-88.

48. GARCÍA, Juan. ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales? Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 3: 9-28, 2003.



49. GARCÍA AGUSTÍN, Oscar. Indígenas y globalización: los discursos de Evo Morales y el Subcomandante Marcos. Interlingüística. 17: 388-397, 2007.

50. GARCÍA LINERA, Álvaro. La potencia plebeya. 2° ed. Buenos Aires, 2009, 530p.

51. GARCÍA LINERA, Álvaro. Las Tensiones creativas de la revolución. La Paz, Bolivia, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2011, 72p.

52. GARCÍA LINERA, Álvaro. El pueblo boliviano vive la mayor revolución social, 2012, [en línea]. <<http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicaciones>> [consulta: 20 abril 2012].

53. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. 7° ed. Madrid, Revista de Occidente, 1964, 636p.

54. GIRAUDO, Laura. Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina. En su: Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.7-57.

55. GOMÉZ, Magdalena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 133-152.

56. GONGORA, Mario. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. 9° ed. Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2010, 431p.

57. GONZALEZ, José. Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos. Estudios Atacameños. 30: 79-90, 2005.

58. GREY, Nancy. Ahora somos ciudadanos. La Paz, Bolivia, Muela del Diablo Editores, 2009, 358p.

59. GUNDERMANN, Hans. Municipios y pueblos indígenas en Chile. En: ASSIES, W., y GUNDERMANN, H. (Eds.). Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en América Latina. San Pedro de Atacama, Chile, Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo, Universidad Católica del Norte, 2007, pp. 161-198.

60. GUNDERMANN, Hans. Las poblaciones andinas indígenas de Chile y la experiencia de la ciudadanía. En: GUNDERMANN, Hans, FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos. Santiago de Chile, Ril editores, 2003, pp. 19-104.

61. GUTMANN, Amy. La identidad en democracia. Buenos Aires, Katz Editores, 2008, 308p.

62. GUTMANN, Amy. Introducción. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2° ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 11-52.

63. GUTTERIDGE, Harold. El derecho comparado. Barcelona, Instituto de derecho comparado, 1954, 283p.

64. HABERMAS, Jürgen. La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho. En: TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2° ed. México, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 155-212.

65. HERVÉ, Andrés. El derecho de voto de los extranjeros en el ámbito universal. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. 18: 9-44, 2008.

66. HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En: FRASER, Nancy, y HONNETH, Axel. ¿Redistribución o reconocimiento? Madrid, Morata, 2006, pp. 89-148.

67. KILALEO, Fernando. Del reconocimiento a la autonomía: una posibilidad de superar la racionalidad Wigka. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos

Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 331-335.

68. KYMLICKA, Will. Liberalism, Community and Culture. Oxford, Oxford University Press, 1989, 280p.

69. KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Barcelona, Paidós, 1995, 303p.

70. KYMLICKA, Will. El nuevo debate sobre los derechos de las minorías. En: REQUEJO, Ferran (Coord). Democracia y pluralismo nacional. Barcelona, Ariel, 2002, pp. 25-48.

71. KYMLICKA, Will. La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía. Barcelona, Paidós, 2003, 452p.

72. KYMLICKA, Will. Estados, Naciones y Culturas. Córdoba (España), Almuzara, 2004, 114p.

73. KYMLICKA, Will. Fronteras Territoriales. Madrid, Trotta, 2006, 80p.

74. KYMLICKA, Will. Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad. Barcelona, Paidós, 2007, 448p.

75. MACHIN, Macarena. Los derechos humanos y la migración en Chile, 2011, [en línea].<[http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen\\_ejecutivo\\_informe\\_migrantes\\_noviembre\\_2011.pdf](http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/resumen_ejecutivo_informe_migrantes_noviembre_2011.pdf) > [consulta: 20 abril 2012].

76. MÁIZ, Ramón. Indianismo y nacionalismo en Bolivia: estructura de oportunidad política, movilización y discurso. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp.129-172.

77. MAMANI, Carlos. El proceso de reconstrucción político-territorial del Qullasuyu, Bolivia. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América

Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 173-198.

78. MELLA, Eduardo, LE BONNIEC, Fabien. Movimiento *mapuche* y justicia chilena en la actualidad: reflexiones acerca de la judicialización de las reivindicaciones *mapuche* en Chile. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 354-364.

79. MELGAR, Adalid, RUIZ, José, SOBERANES, José. La rebelión en Chiapas y el derecho. México, Universidad Autónoma de México, 1994, 267p.

80. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. El Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en el sistema normativo chileno. 2010, [en línea]. <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2012].

81. MONTT, Santiago, y MATTA, Manuel. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. Estudios Públicos. 121: 133-212, 2011.

82. NASH, Claudio. Los derechos humanos de los indígenas, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 29-43.

83. NOGUEIRA, Humberto. La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. En su: La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005. Santiago de Chile, Librotecnia, 2009, pp. 338-393.

84. NÚÑEZ, Manuel. Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona. Revista Iut et Praxis. 2 (14): 331-372, 2008.

85. NÚÑEZ, Manuel (Dir.). Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Santiago de Chile, Librotecnia, 2010, 569p.

86. OQUENDO, Ángel. Posdata: autodeterminación en las comunidades indígenas de América. En: GUNDERMANN, Hans, FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos. Santiago de Chile, Ril editores, 2003, pp. 179-187.

87. PEÑA, Carlos. Ciudadanía y reconocimiento. En: GUNDERMANN, Hans, FOSTER, Rolf, y VERGARA, Jorge. Mapuches y aymaras. El debate en torno al reconocimiento y los derechos ciudadanos. Santiago de Chile, Ril editores, 2003, pp. 9-18.

88. PFEFFER, Emilio. Reformas Constitucionales 2005. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2005, 668p.

89. QUIJADA, Mónica. Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera? En: GIRAUDO, Laura (ed.). Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 59-81.

90. REQUEJO, Ferrán. La acomodación <<Federal>> de la plurinacionalidad. En: FOSSAS, Enric. y REQUEJO, Ferrán (Eds.). Asimetría Federal y Estado Plurinacional. Madrid, Trotta, 1999, pp. 303-344.

91. REQUEJO, Ferrán. Legitimidad democrática y pluralismo nacional. En su: Democracia y pluralismo nacional. Barcelona, Ariel, 2002, pp. 157-175.

92. RIVERA, José. La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. En: NOGUEIRA, Humberto (coord.) La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005. Santiago de Chile, Librotecnia, 2009, pp. 102-151.

93. RIVERA, José. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado, 2009, [en línea]. <<http://www.juridicas.unam.mx>> [consulta: 13 marzo 2012].

94. RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. El debate sobre los derechos de grupo. En: DÍAZ, Elías. y COLOMER, José Luis (Eds.). Estado, Justicia y Derechos. Madrid, Alianza Editorial, 2002. pp. 409-434

95. RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. On the admissibility of group rights. Annual Survey of International & Comparative Law. Golden Gate University School of Law, Spring, 2003, pp. 101-110.

96. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis. El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-206.

97. ROMERO, Carlos. El proceso constituyente Boliviano. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J., y ZOVATTO, D. (Coords.). Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 889-935.

98. RUIZ-TAGLE, Pablo. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 62: p. 47-59, 2000.

99. RUIZ-TAGLE, Pablo. Presentación: Constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. En su: Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional. Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, pp. 5-15.

100. SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. Sistema de Derecho Internacional Público. Navarra, España, Thomson Reuters, 2011, 634p.

101. SALAZAR, Gabriel. Construcción de Estado en Chile. 3° ed. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana, 2011, 550p.
102. SANTOLAYA, Pablo. El Derecho de sufragio de los extranjeros. Revista de Estudios Europeos. 50: 25-34, 2008.
103. SIERRA, Lucas. La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento individual y no colectivo. Estudios Públicos. 92: 19-27, 2003.
104. SILVA, Hernando. El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT. 2010, [en línea]. <<http://observatorio.cl.pampa.avnam.net/plibro/ficha/205>> [consulta: 13 marzo 2012].
105. SMITH, Anthony. The Ethnic Origins of Nations. En: HALL, John (ed.). States in History. Oxford, Blackwell, 1986, pp. 228-263.
106. STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina. Ciudad de México, El Colegio de México, 1988, 383p.
107. STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho Internacional y Derechos Indígenas. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 15-26.
108. STRÖBELE-GREGOR, Juliana. Ley de Participación Popular y movimiento popular en Bolivia. En: HENGSTENBERG, Peter, KOHUT, Karl, MAIHOLD, Günther (eds.). Sociedad civil en América Latina: Representación de intereses y gobernabilidad. Caracas, Nueva Sociedad, 1999, p. 133-146.
109. SUBERCASEAUX, Bernardo. Nación y Cultura en América Latina. Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2002, 78p.
110. TAYLOR, Charles. La libertad de los modernos. Madrid, Amorrortu, 1997, 305p.

111. TAYLOR, Charles. Valores compartidos y divergentes. En: FOSSAS, Enric y REQUEJO, Ferrán (Eds.). Asimetría Federal y Estado Plurinacional. Madrid, Trotta, 1999, pp. 37-68.
112. TAYLOR, Charles. Nacionalismo y modernidad. En: McKIM, Robert. y McMAHAN, Jeff. La moral del nacionalismo. Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 53-86.
113. TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”. 2º ed., México, Fondo de cultura económica, 2009, 246p.
114. TAYLOR, Charles. Democracia Republicana. Santiago de Chile, LOM ediciones, 2012, 109p.
115. TODOROV, Tzvetan. La Conquista de América. El problema del otro. Madrid, Siglo XXI, 2010, 277p.
116. TOURAINE, Alain. Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia. 2º ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, 95p.
117. TRUJILLO, Julio. Justicia indígena y pluralismo jurídico. En: GIRAUDO, Laura (ed.). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp.265-277.
118. TULLY, James. Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity. Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 272p.
119. VALENZUELA, Myléne. La política indígena del Estado Chileno y la legislación Mapuche, 2002, [en línea]. <<http://www2.estudiosindigenas.cl/imagenes/instituto.html>> [consulta: 12 de abril 2012].
120. VAN DYKE, Vernon. The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory. World Politics. 29(3): 343-369, 1977.



121. VIDAL, Carlos. La reforma constitucional en Bolivia. Revista de Derecho Político. 50: 313-347, 2001.
122. VIOLA, Francesco. Constitución y multiculturalismo. Raion practica. 11(20): 33-71, 2003.
123. YAÑEZ, Nancy. El acuerdo de voluntades estado de Chile – pueblo *rapa nui*: Bases normativas para fundar la demanda de autonomía *rapa nui*. En: AYLWIN, José (ed.). Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno. Temuco, Chile, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, 2004, pp. 15-26.
124. YAÑEZ, Nancy. Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas, 2004, [en línea]. <<http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navContenido.php?c=2006020103264>> [consulta: 12 de abril 2012].
125. YAÑEZ, Nancy, AYLWIN, José (eds.). El gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”: las paradojas de la democracia chilena. Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2006, 504p.
126. YRIGOYEN, Raquel. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: BERRAONDO, Mikel. Pueblos indígenas y derechos humanos. Bilbao, España, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-568.
127. ZUÑIGA, Francisco. Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981 - 1989: el pluralismo político e ideológico en Chile. Revista Iut et Praxis. 1 (9): 259-279, 2003.
128. ZUÑIGA, Francisco. Vieja – Nueva Constitución. Estudios Constitucionales. 1(5): 349-370, 2007.

129. ZUÑIGA, Francisco. Nueva Constitución del Bicentenario y Operación Constituyente. Nomos. 3: 243-252, 2009.

130. ZUÑIGA, Francisco. Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario. En: XLI JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PÚBLICO: 24 y 25 de noviembre de 2011. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 25p.

## **II. Informes y documentos de trabajo.**

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). La protección internacional de refugiados en las Américas, 2011, [en línea]. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340>> [consulta: 19 abril 2012].

2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Artículo 14. [en línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True>> [consulta: 19 marzo 2012].

3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la ley N° 19.253, 1993, [en línea]. <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19253&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19253&anio=2012)> [consulta: 19 marzo 2012].

4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia del Decreto N° 236, Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, 2008, [en línea]. <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX2&nro\\_ley=236&anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX2&nro_ley=236&anio=2012)> [consulta: 22 de abril 2012].

5. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, 2009,

[en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>> [consulta: 19 marzo 2012].

6. COMITÉ CONTRA LA TORTURA, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Chile, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/433/47/PDF/G0943347.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

7. COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, NACIONES UNIDAS. Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Chile, 2011, [en línea]. <<http://www.ohchr.org/SP/countries/LACRegion/Pages/CLIndex.aspx>> [consulta: 12 de abril 2012].

8. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, NACIONES UNIDAS. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 2006, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/479/50/PDF/N0647950.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

9. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, Chile, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/448/27/PDF/G0944827.pdf?OpenElement>> [consulta: 12 de abril 2012].

10. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, NACIONES UNIDAS. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, Bolivia, 2011, [en línea].

<[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Boliviia\\_AUV\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Boliviia_AUV_sp.pdf)> [consulta: 12 de abril 2012].

11. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, 2010, [en línea]. <<http://www.cidh.org>> [consulta: 14 abril 2012]

12. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. 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, 2003, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

13. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Análisis de la situación de los países y otras actividades especiales del relator, 2005, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/110/85/PDF/G0511085.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

14. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, 2009, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/39/PDF/G0916239.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

15. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia, 2012, [en línea]. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/010/01/PDF/G1201001.pdf?OpenElement>> [consulta: 29 marzo 2012].

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/103/36/PDF/G1210336.pdf?OpenElement> [consulta: 20 abril 2012].

16. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 22º ed., Madrid, Espasa-calpe, 2001.

17. DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN. Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile. Estadísticas Migratorias [en línea]. <[http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas\\_mig.html](http://www.extranjeria.gov.cl/estadisticas_mig.html)> [consulta: 28 marzo 2012].

18. EGAÑA, Rodrigo (ed.). Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago de Chile, Comisionado presidencial para Asuntos Indígenas, 2008, 684p.

19. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIONES. Informe sobre las migraciones en el mundo, 2010, [en línea]. <[http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010\\_summary\\_SP.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2010_summary_SP.pdf)> [consulta: 13 marzo 2012].

### **III. Tesis.**

1. CHARNEY, John. El debate liberal-comunitarista aplicado a las relaciones entre el Estado chileno y el pueblo mapuche. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002, 111p.

2. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Territorio y Autonomía de los Pueblos Originarios en Chile. Una mirada desde el ordenamiento jurídico chileno y la urgencia del Reconocimiento. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009, 184p.

3. RODRIGUEZ ABASCAL, Luis. La doctrina política del nacionalismo. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, España. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 1999, 456p.