



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

EL DERECHO A LA LENGUA ORIGINARIA EN LA EDUCACIÓN CHILENA

Algunos aportes a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de
las experiencias de México y Bolivia

Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

TIARE FABIOLA OYARZÚN CARAVANTES

Profesor guía: Liliana Galdámez Zelada

Santiago

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.....	5
PANORAMA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A LA LENGUA EN LA EDUCACIÓN EN CHILE.....	5
1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA LENGUA Y SU PROTECCIÓN.....	5
2. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL.....	7
3. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.....	9
A. Ley 19.253, establece normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.....	9
a) Normas sobre educación indígena:.....	12
B. Ley N° 20.370, Establece la Ley General de Educación.....	15
a) Principios que rigen la educación:.....	15
b) La EIB como educación especial:.....	18
c) Asignaturas de lengua indígena y su obligatoriedad como requisito mínimo en la educación parvularia, básica y media.....	19
d) Bases de la implementación de la EIB:.....	21
4. NORMAS INFRALEGALES.....	22
A. Decreto Supremo 280 del Ministerio de Educación.....	22
a) Del Sector de Aprendizaje de Lengua Indígena:.....	23
B. El PEIB.....	25
5. PROPUESTAS LEGISLATIVAS.....	28
A. Proyecto de Ley Sobre los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de Chile.....	28
a) Normas en protección del derecho a la lengua en la educación:.....	29
b) Derechos lingüísticos y su protección:.....	30
CAPÍTULO II.....	32
EL DERECHO A LA LENGUA ORIGINARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	32
1. SISTEMA DE UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	32
A. Declaración Universal de los Derechos Humanos:.....	34
a) No discriminación:.....	34
b) Educación:.....	35
B. Pacto internacional de Derechos civiles y políticos:.....	36
C. Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales:.....	37

D.	Convención sobre los derechos del niño:.....	39
E.	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	41
2.	UN CASO ESPECIAL: CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	44
A.	Obligaciones generales de los Estados.....	46
B.	Obligaciones en materia de educación.....	48
3.	SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	50
A.	Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre	51
B.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)	52
C.	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador):	54
D.	Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas	55
a)	Identidad cultural:	57
b)	Utilización, preservación y revitalización de las lenguas:	58
c)	Educación en lengua indígena:	58
E.	Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	60
a)	Obligación de consulta:	60
b)	Deber de no discriminación:	62
c)	Identidad cultural:	63
i.	Elementos de la identidad cultural:.....	63
ii.	Lengua y educación:.....	64
iii.	Identidad cultural como derecho fundamental:.....	65
	CAPÍTULO III	67
	ORDENAMIENTOS COMPARADOS: BOLIVIA Y MÉXICO	67
1.	ASPECTOS PRELIMINARES	67
2.	BOLIVIA:	70
A.	La protección constitucional de los pueblos indígenas:	71
a)	Plurinacionalidad:	72
b)	Interculturalidad:	73
B.	Identidad cultural:	74
a)	Uso de lenguas:.....	75
b)	Educación intercultural, intracultural y plurilingüe:	76

c) Descolonización y participación de los pueblos indígenas:.....	78
3. MÉXICO:.....	79
A. Protección constitucional de los pueblos indígenas	80
B. Autodeterminación de los pueblos indígenas y derecho a la lengua	82
C. Eliminación de discriminación y educación	84
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90

Resumen: Este trabajo analizará la normativa vigente en Chile sobre el uso de la lengua indígena en educación, para luego estudiar los estándares internacionales, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, así como su reconocimiento jurídico en ordenamientos comparados. A partir de lo estudiado se intentará establecer la necesidad de cambios en nuestra normativa.

Abstract: This paper will analyze the current legislation in Chile on the use of indigenous language in education, and then study international standards, both in international human rights law and as well as its recognition in comparative law. From the study, will try to establish the need for changes in our regulations.

Palabras clave: derechos indígenas, derechos lingüísticos, identidad cultural, interculturalidad, bilingüismo, plurilingüismo.

Key words: Indigenous rights, linguistic rights, cultural identity, interculturality, bilingualism, plurilingualism.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad Chile se encuentra dentro de un proceso de cambio, cambio que va más allá de lo económico, y que se relaciona con aspectos más profundos tanto políticos como sociales. Parte fundamental de este proceso han sido los movimientos sociales, que han puesto ciertas cuestiones en la palestra de la discusión política del país. En este sentido, existen tres cuestiones que poseen una relevancia especial para este trabajo: en primer lugar, la exigencia de cambios en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, debido a las injusticias y discriminaciones que históricamente han existido hacia estos pueblos, lo que ha generado incluso enfrentamientos¹; en segundo lugar, el cuestionamiento de la vigencia de la Constitución política de 1980, aprobada en dictadura²; y, por último, la necesidad de la existencia de un sistema educativo de calidad y equitativo para toda la sociedad.

En este contexto, un tema de relevancia es la consideración del derecho a la lengua originaria o indígena dentro de la educación. Esta cuestión abarca las tres problemáticas señaladas con anterioridad. Por un lado, y como es evidente, se vincula con la cuestión indígena, siendo indispensable el reconocimiento real y efectivo del derecho a usar y de ser educados en su propia lengua. En segundo lugar, con el texto constitucional, pues dentro del marco constitucional resulta necesario el reconocimiento a la identidad cultural de los pueblos indígenas, que incluye el derecho a la propia lengua. Por último, se vincula con las demandas en materia educativa, pues precisamente la forma de preservar el uso de las lenguas indígenas es mediante la educación, además de la necesidad de un sistema educativo libre de discriminación y que fomente el patrimonio cultural de la nación.

En Chile, el reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas ha sido tardío, después de la vuelta a la democracia, el año 1993 se dicta la primera ley de protección del carácter especial con la ley 19.253. En cuanto a los derechos lingüísticos de estos pueblos, específicamente en lo que a educación respecta, el desarrollo es aún más pobre, recién en el año 2008 se legisla sobre esta materia. Ello, como consecuencia de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, que lleva a la posterior dictación del Decreto 280 del

¹ Ver: Naciones Unidas, Asamblea General (15 de julio 2009): Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34; Naciones Unidas, Asamblea General (8 de Abril de 2016): Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile. A/HRC/32/31/Add.1.; DURSTON, John et al (2013): *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales*. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (Santiago)

² Ver: CEA EGAÑA, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile (Valdivia); VIERA ÁLVAREZ, Christian (2011). *Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente*. Revista de Derechos Fundamentales, ISSN-e 0719-1669, N°. 5 pp. 151-171; CAZOR ALISTE, Kamel (2000). *Democracia y Constitución en Chile*. Rev. derecho (Valdivia), vol.11 [fecha de consulta: 6. 5. 2017], p.27-34. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200000100003&lng=es&nrm=iso

Ministerio de Educación, decreto que incorpora la asignatura de lengua indígena y se agrega dentro de los programas educativos el Programa de Educación Intercultural Bilingüe (PEIB en adelante).

Sin embargo, por diversos motivos dicha normativa ha sido deficiente, tendiendo más al tratamiento de las lenguas indígenas de manera folclórica, que como un derecho fundamental y verdadero desarrollo de una Educación Intercultural Bilingüe (en adelante EIB)³. Esto último incluso ha perpetuado la existencia de discriminación entre los hablantes de lenguas originarias y quienes hablan el idioma oficial.

En contraste, otros países a nivel latinoamericano en sus textos constitucionales han desarrollado diversas normas sobre la cuestión indígena, sea definiendo a las comunidades que han de considerarse como pueblos indígenas; definiendo los niveles de autonomía política y territorial; reconociendo catálogos de derechos especialmente en materias tales como la propiedad ancestral, educación, la identidad y cultura, derecho a la lengua, entre otros.

También, otros países fuera del ámbito latinoamericano, han tratado los derechos lingüísticos en profundidad, como el caso de Canadá, o han regulado la existencia de modalidades lingüísticas como patrimonio cultural como es el caso de España⁴, todo esto en sus textos constitucionales. Esto pone en evidencia el retraso de nuestra legislación que ni siquiera ha planteado una reforma a la Constitución para tratar dicha materia⁵.

Según información entregada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en el Censo del año 2002, la población perteneciente a alguna etnia indígena en el país asciende al 4,6% del total nacional, encontrándose el 86,6% en zonas urbanas, mientras que el restante 13,4% habita en zonas rurales, principalmente en las regiones de La Araucanía (29,5%) y Metropolitana (27,7 %).

Estas estadísticas se deben tener en cuenta dentro de los programas educativos sobre las lenguas indígenas, en este sentido, no puede pensarse en comunidades indígenas aisladas, pues se encuentran insertas en amplios sectores poblacionales que no tienen ascendencia indígena directa, de modo que están expuestos a posibles discriminaciones que pueden conllevar, entre otras privaciones, la no utilización de la lengua originaria. Esto se debe a que

³ LONCÓN ANTILEO, Elisa (2010). *Derechos educativos y lingüísticos de los pueblos indígenas de Chile*, Revista Isees nº 7, julio 2010, pp. 79-94. p. 80

⁴ En este sentido el artículo 3 de la Constitución Española, en su tercera parte establece: "*La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.*"

⁵ Esto teniendo en cuenta que los proyectos que se han presentado para reconocer los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas no han planteado una reforma constitucional

el entorno que no está pensado interculturalmente lo que lleva al desconocimiento de las diversas culturas y su posterior pérdida.

La pregunta que motiva este trabajo es ¿Existe dentro de la normativa nacional un reconocimiento al derecho en la lengua indígena en educación?, es decir, si la normativa actual considera la existencia de un derecho a la lengua en la educación que sea exigible frente al Estado.

Desde ya adelanto que mi hipótesis es que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, existe un reconocimiento al Derecho a la lengua en la educación, sin embargo, en la práctica se ve debilitado por el no reconocimiento constitucional ni legal expreso y por la no existencia de una institucionalidad adecuada.

El trabajo desarrolla un análisis de la normativa imperante en nuestro país, sobre el derecho a la lengua en la educación y lo compara con los parámetros sentados internacionalmente.

El trabajo se dividirá en tres capítulos: el primer capítulo se dedicará al análisis sobre el panorama actual en Chile en lo que se refiere al derecho a la lengua en la educación, además de revisar ciertos aspectos relevantes de los proyectos de ley actualmente en tramitación, sobre derechos lingüísticos; el segundo, abordará su tratamiento en el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo criterios de la Corte interamericana de Derechos Humanos; y, finalmente, un tercer capítulo analizará la normativa comparada más destacable a nivel latinoamericano; el trabajo finaliza con un apartado de conclusiones.

CAPÍTULO I

PANORAMA ACTUAL SOBRE EL DERECHO A LA LENGUA EN LA EDUCACIÓN EN CHILE

1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA LENGUA Y SU PROTECCIÓN

Para iniciar este trabajo es necesario referirnos a la importancia de la lengua y los diferentes enfoques que existen en su protección. Esto nos permitirá tener claridad sobre la necesidad de su preservación y comprender las razones de contar con una normativa en educación que respete las diferencias lingüísticas de los pueblos indígenas y las considere en sus enseñanzas.

El primero de estos enfoques se refiere a las diferencias idiomáticas desde la prohibición de discriminación. El idioma es incluido dentro de las *categorías sospechosas* de discriminación pues una de las razones que lleva a la pérdida de las lenguas es precisamente la discriminación de la que son víctimas quienes las usan.

Esto ocurre, debido a la falta de aceptación de diferencias lingüísticas que conlleva, a que las personas prefieran usar la lengua mayoritaria, y no su lengua materna.

La segunda forma de abordar la protección de las lenguas se realiza a partir de la protección del patrimonio cultural de las naciones. Se trata de una manifestación de la cultura indígena, siendo parte del patrimonio cultural inmaterial de esta.

Esta defensa, como puede apreciarse, se realiza desde una perspectiva menos individual enfocada mayormente en la colectividad y la importancia de la preservación de la cultura para la nación.

Sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial, la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de la Unesco, adoptada en París, el 17 de octubre de 2003 señala:

“Artículo 2: (...)

*1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. **Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su***

interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad (...)

2. El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 *supra*, **se manifiesta** en particular en los ámbitos siguientes:

a) ***tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;***”

Como se aprecia las leguas son consideradas como manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial, siendo el vehículo para su expresión.

Por último, el tercer enfoque, que es el más relevante en la protección del derecho a la lengua indígena se encuentra en su inclusión como parte de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

La identidad cultural es considerada dentro de la pertenencia de un individuo a una colectividad específica⁶, por lo que puede entenderse tanto desde una perspectiva individual como desde una perspectiva colectiva (al igual que el uso de las lenguas).

Este enfoque también puede extraerse del mencionado artículo 2 del Convenio Unesco anteriormente señalado, dando relevancia del sentimiento de identidad de una comunidad, siendo el idioma una forma de expresión de esta identidad.

Respecto a la identidad cultural Geraldine Abarca indica:

“Según esta visión la identidad se determina conforme a procesos experienciales individuales que van hacia lo social y colectivo y viceversa. Las diversas experiencias personales están marcadas además por una dimensión social de clase, también de género y de otros aspectos. Estas dimensiones como categoría experiencial, determina las visiones y lecturas que cada sujeto realiza de su entorno y posición ante la vida”⁷.

En este sentido, cada uno de los componentes de la identidad cultural requieren de una protección acorde a su relevancia para la configuración de la identidad personal, siendo parte de esta el idioma, sobre todo la lengua materna.

Por su parte Elisa Loncón se refiere a la lengua materna señalando:

⁶ Ver: ABARCA CARIMAN, Geraldine (2005). *Rupturas y continuidades en la recreación de la cultura mapuche en Santiago de Chile*. Editorial Plural editores, (La paz Bolivia)

⁷ Ibidem p. 45

“La lengua materna forma parte de la identidad de las personas, mediante ella manifestamos nuestros pensamientos, nuestra visión de mundo, nuestra historia y cultura; ésta constituye una de las expresiones más significativas de la identidad”⁸.

Estas tres maneras de entender el derecho a la lengua originaria tienen una relevancia fundamental para entender la regulación de la protección de esta, siendo el reconocimiento de la identidad cultural la protección más fuerte, y la prohibición de la discriminación la manera más genérica de tutelarla.

2. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

Es necesario recordar que en el ordenamiento jurídico chileno no existe un reconocimiento expreso del derecho a la lengua, en especial la originaria, dentro de los derechos constitucionales contenidos en el artículo 19 de la Constitución política de la República. La Constitución chilena ha olvidado esta materia, pero lo que resulta aún más grave ha olvidado establecer un tratamiento de la materia indígena en general.

Lo anterior implica que los derechos de los pueblos indígenas en Chile, y específicamente el uso de la propia lengua en la educación, se encuentra dispersos en disposiciones legales de distinta índole, que serán analizadas en mayor profundidad en las siguientes secciones.

Esto implica que en los textos legales vigentes este derecho es simplemente legal, por lo cual su configuración como derecho fundamental resulta de un análisis más bien dogmático y de *lege ferenda*, siendo un derecho en construcción.

Sin embargo, pese a no ser una materia específicamente regulada es posible vincular este derecho con otros sí contenidos y protegidos en el texto constitucional, como por ejemplo el derecho a la igualdad, la libertad de enseñanza o la protección al patrimonio cultural. Por otro lado, también es posible su construcción a partir del derecho a la identidad que ha sido dogmáticamente desarrollado a partir de la protección de la integridad psíquica de las personas.

Asimismo, es posible la construcción de este derecho a partir de tratados internacionales, que se incorporarían a la normativa interna del país por medio de la cláusula de apertura del derecho internacional de los derechos humanos contenida en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental. Por último, elaborarlo a partir de criterios asentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ LONCÓN ANTILEO, Elisa (2002). *El Mapudungun y derechos lingüísticos del pueblo Mapuche*. S.n. (México) p.2

Para referirnos al derecho a la lengua originaria en educación es necesario examinar el derecho a la educación contenido en el artículo 19 N° 10.

Existen dos posibles aproximaciones sobre el derecho a la lengua indígena a partir del derecho a la educación. En primer lugar, en el primer inciso se establece que: “*La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida*”, como fue indicado en este trabajo la lengua se ha entendido como parte de la identidad cultural, que es fundamental en el desarrollo de la persona, entendiendo que la identidad cultural es una expresión de la particularidad de esta⁹.

Por otro lado, es posible establecer una conexión a la protección de las lenguas, y en específico en la educación en lengua indígena, lo indicado en el inciso tercero de esta norma, que indica:

*“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y **la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.**”* (el destacado es nuestro)

Respecto a qué se refiere por *patrimonio cultural de la Nación*, Cea Egaña indica: “Empero, entendemos que la locución referida alude a las tradiciones y costumbres que nos identifican como pueblo soberano, a los héroes y gestas gloriosas de nuestra historia, a las características matrices de etnias y pueblos que integran la nación chilena; en fin, a la honrosa trayectoria republicana de la patria, a sus construcciones de valor histórico y a otros rubros semejantes.”¹⁰

Esta protección al patrimonio cultural lleva consigo la protección de las lenguas, pues, como será analizado, en la Ley 19.253 reconoce a las expresiones de la cultura indígena, como parte integrante del patrimonio cultural de la nación.

Dicha protección se trata de manera particular dentro del derecho a la educación, lo que quiere decir que dentro de la enseñanza deberán contemplarse contenidos que permitan la conservación de las lenguas.

Cabe señalar que el derecho a la educación, no se refiere exclusivamente a la enseñanza o instrucción, sino también a la educación de los individuos dentro de la sociedad en general,

⁹ Este inciso es coherente con lo señalado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que será analizado en el capítulo II de este trabajo.

¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*. Segunda edición. Ediciones Universidad Católica de Chile (Santiago) p. 353

siendo fundamental la educación a nivel familiar. Por esta razón la labor del Estado en el incremento y protección del patrimonio cultural es subsidiaria¹¹².

Ambas interpretaciones, sobre el derecho a la educación, tratan de favorecer la protección del derecho a la lengua originaria en educación, sin embargo, no es posible afirmar la protección a nivel constitucional de este derecho.

3. TRATAMIENTO LEGISLATIVO

A. Ley 19.253, establece normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena.

La Ley 19.253, más conocida como Ley Indígena, fue uno de los hitos más importantes en cuanto al reconocimiento de los pueblos originarios de Chile, fue publicada el 5 de octubre de 1993 siendo una de las razones principales de su dictación la indefensión legal de las comunidades indígenas y de los abusos que podían sufrir¹³.

La ley trata gran variedad de materias, tales como pertenencia de una persona a una etnia indígena, el reconocimiento de los pueblos originarios del país, y las diversas autoridades que representan a las comunidades indígenas. Esta legislación fue motivada principalmente para hacer frente al olvido del que habían sido víctima los pueblos originarios, con un carácter compensatorio ante las diferencias realizadas a lo largo de la historia¹⁴.

El artículo 1° prescribe una serie de aspectos básicos sobre los pueblos indígenas, que son la base de la aplicación de esta ley y fija además los titulares de aquellas normas que tengan que ver con la cuestión indígena.

En el inciso primero contiene el reconocimiento de los pueblos indígenas y hace una somera definición sobre qué pueblos serán considerados como tales indicando:

¹¹ *Ibíd*em

¹² En este caso, claramente la labor particular en la protección de la cultura indígena, y específicamente de la lengua indígena no ha sido suficiente, por lo que se requiere de un papel activo del Estado en su conservación y revitalización.

¹³ *Historia de la Ley 19.253*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile p. 4. Disponible en: www.bcn.cl

¹⁴ LAGOS, Cristián (2015). *El Programa de Educación Intercultural Bilingüe y sus resultados: ¿perpetuando la discriminación?* Pensamiento Educativo. Revista de Investigación Educativa Latinoamericana, pp. 84-94. Disponible en: <http://pensamientoeducativo.uc.cl/files/journals/2/articles/676/public/676-2138-1-PB.pdf> [fecha de consulta: 11. 8. 2016] p. 86

*“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que **conservan manifestaciones étnicas y culturales propias** siendo para ellos la **tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.**”* (destacado agregado)

Esta definición, se basa en dos criterios: la conservación de una cultura común y propia, y un criterio territorial declarando a la tierra como fundamento de su existencia.

Dicha definición no concuerda con los parámetros contenidos en el Convenio 169 (actualmente vigente, pero que a la fecha de la dictación de esta norma aún no era ratificado y promulgado por nuestro país), debido a que este Convenio en su artículo 1° señala como fundamental para determinar la aplicación de sus disposiciones, la conciencia de su identidad indígena, asunto que será desarrollado en mayor profundidad en el siguiente capítulo.

A continuación, la ley nacional enumera los pueblos indígenas existentes en nuestro país, señalando lo siguiente:

“El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado 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 inciso final del artículo 1° de la Ley es el de mayor importancia para este estudio, debido a que señala la existencia de deberes del Estado para con los pueblos indígenas, principalmente sobre su protección y respeto estableciendo:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.”

De este modo es posible distinguir la existencia de tres deberes principales para el Estado: *respetar, proteger y promover:*

Obligación de respeto: esta obligación se traduce en que el Estado, debe permitir la utilización de las expresiones culturales propias de los pueblos indígenas, también

traduciéndose en una obligación activa de crear una institucionalidad que ayude a que estas expresiones sean utilizadas.

Obligación de protección: esta obligación se enmarca en la protección de los derechos de los individuos pertenecientes a pueblos indígenas de las actuaciones de terceros, que pueden interferir en el desarrollo ya sea de la cultura, de las comunidades indígenas, etc. Al igual que en la obligación anterior, se debe crear un aparataje institucional que sancione estas conductas, de otro modo, sin existir sanción esta obligación se convertiría en una mera declaración de buenas intenciones.

En este mismo marco, cobra especial relevancia el deber del Estado de enfrentar las posibles discriminaciones que puedan generarse al respecto, sobre todo, en el entendido que una de las razones de la “crisis de las lenguas originarias” es la falta de status de estos idiomas en la sociedad, siendo motivo de discriminación, lo que lleva a que las personas de ascendencia indígena muchas veces prefieran no utilizar su idioma para no ser víctimas de malos tratos y burlas¹⁵.

Obligación de promoción: la obligación de promoción comprende el deber de actuación del Estado en cuanto a la creación de instituciones lo que implica que, en el caso en estudio, ir más allá de aceptar el uso cotidiano de los lenguajes propios, además se deben crear programas educacionales para fomentar el uso de estos idiomas, lo que es fundamental al momento de referirse a la revitalización de las lenguas indígenas en proceso de desaparición.

Desde ya es posible hacer una conexión con las obligaciones generales que el Estado posee frente al respeto y garantía de los derechos fundamentales, en la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos lo que será profundizado en el capítulo respectivo.

Por su parte, el artículo 7° de la norma reconoce la calidad de patrimonio cultural de la Nación las expresiones culturales de los pueblos originarios de Chile¹⁶, y mandata su promoción y respeto, siempre que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Dentro de estas expresiones culturales, el uso de la lengua propia posee especial relevancia, siendo parte del patrimonio inmaterial de los pueblos originarios y parte de la identidad del

¹⁵ Ver BIGOT, Margot (2008). *Apuntes de lingüística antropológica*. Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico-Sociales, Universidad de Rosario (Argentina)

¹⁶ Como fue mencionado en la primera parte del trabajo, España realiza el mismo reconocimiento, pero a nivel constitucional, en su artículo 3°.

mismo, constituyendo expresiones propias y de constitución propia, lo que dificulta la enseñanza tradicional de dicho idioma.

a) Normas sobre educación indígena:

En la Ley Indígena el Título IV dice en su encabezado: *“De la cultura y educación indígena”*, siendo constituido tan solo por seis artículos. La primera parte de orden más bien general y dedicando solo dos preceptos a la educación indígena, (artículos 32 y 33).

En primer lugar, dentro de las normas más generales sobre cultura, el artículo 28 del cuerpo legal en cuestión define parámetros de protección y respeto a la cultura e idiomas indígenas, incorporándose en su interior las obligaciones de respeto, reconocimiento y protección. En cuento al derecho a la lengua señala:

*“El reconocimiento, respeto y protección de las **culturas e idiomas indígenas** contemplará:*

a) El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena;

b) El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente;

d) La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior;

*Para el cumplimiento de lo señalado en el inciso anterior, **la Corporación** [nacional de desarrollo indígena], **en coordinación con el Ministerio de Educación, promoverá planes y programas de fomento de las culturas indígenas.***

*(...) Asimismo deberá involucrarse para el cumplimiento de dichas finalidades a los **gobiernos regionales y municipalidades.**” (Destacado agregado)*

Este artículo define lineamientos importantes sobre el tratamiento de las lenguas indígenas. En primer lugar, afirma que se debe fomentar la conservación de las lenguas originarias en las áreas de alta densidad indígena, limitando desde ya el ámbito de aplicación de dicha protección y respeto a las áreas indicadas, sin definir “áreas de alta densidad”.

Cabe entonces preguntar, qué ocurre con las personas de ascendencia indígena que no se encuentran dentro de estos límites geográficos, eso teniendo presente, que la norma se refiere al respeto a la lengua, y a la cultura propia de los pueblos originarios, por lo cual,

dicha limitación territorial resulta, preocupante. La pregunta es ¿El respeto de una cultura puede quedar circunscrito a un límite geográfico?

En segundo lugar, se establece que el sistema educativo debe posibilitar el acceso a la cultura y lenguas indígenas, esto quiere decir, que el sistema educativo en su conjunto debe impartir asignaturas o entregar conocimientos que tengan relación con la cultura e idiomas indígenas, sin embargo, al tratarse de una *posibilidad* no se trata de un imperativo para los centros educacionales, sino que se trata de una facultad para impartir dichas asignaturas, cursos o contenidos.

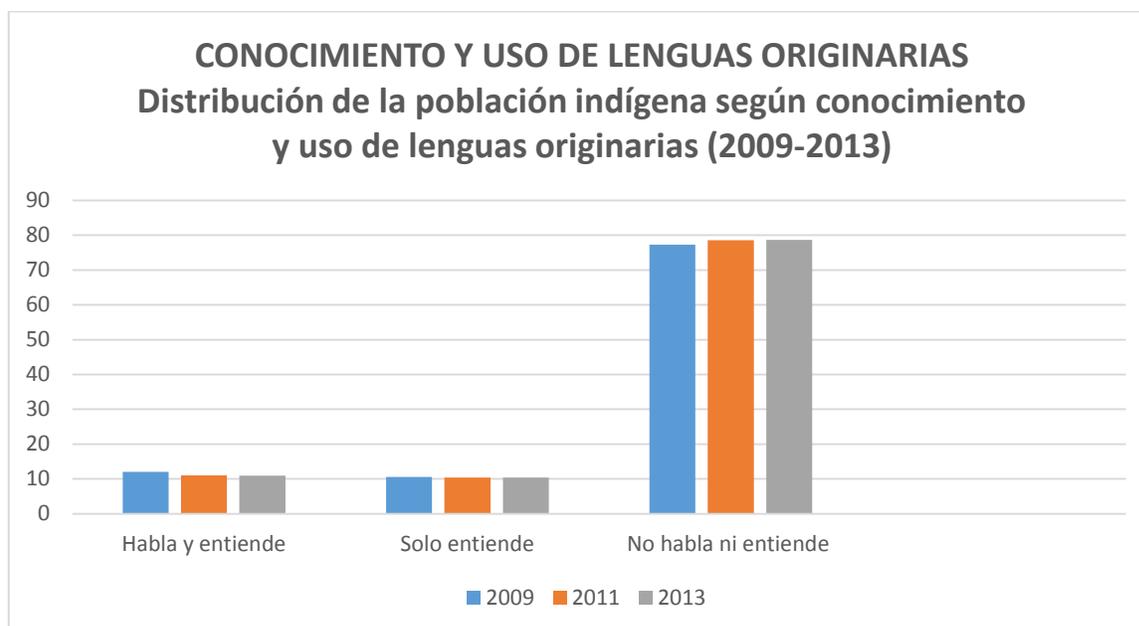
Por otra parte, La letra d) de la norma señala la existencia de cátedras sobre cultura historia y lenguas de los pueblos originarios, y, a diferencia de los numerales anteriores no utiliza términos que permitan afirmar que se trata de una norma facultativa. Esto implica que se trata de una obligación en la dictación de las mentadas cátedras, no quedando al arbitrio de los centros educacionales de carácter público.

Por último, es necesario referirse a la delegación de la coordinación e implementación de planes, por un lado, en la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (en adelante CONADI o Corporación) y el Ministerio de Educación, y, por el otro, la observación de su cumplimiento a los gobiernos regionales y las municipalidades.

Este punto es relevante porque en la realidad actual para llevar a cabo el PEIB se requiere de una coordinación entre los distintos organismos, por lo que no existe una sistematización completa, como en las asignaturas tradicionales, lo que ha generado procesos de avance y retroceso que no pueden sostenerse por más tiempo, requiriendo de un trato unificado y coherente.

Siguiendo con el análisis, en las normas de educación, uno de los aspectos que llama la atención es que en el artículo 32 se refiere a la educación bilingüe, no desde la perspectiva de revitalizar las lenguas de los pueblos indígenas, ya derechamente en extinción, sino más bien hace referencia a la castellanización de las personas que utilizan lenguas originarias, cuando las propias estadísticas indican que existe una creciente pérdida de las lenguas originarias frente al castellano.

En efecto, la encuesta CASEN realizada el año 2013¹⁷ concluye que casi un 80% de las personas que poseen ascendencia indígena no saben o no entienden los idiomas originarios respectivos.



18

El problema es que en Chile prácticamente no existen personas que sean monolingües en un idioma distinto del castellano, y por otro lado, las personas con ascendencia indígena se encuentran principalmente radicadas en áreas urbanas (como ya se señaló en la parte introductoria), desarrollándose en un entorno que no sólo se comunica normalmente en la lengua oficial (los medios de comunicación, letreros de calles, etc. se encuentran en su totalidad en castellano), además se enfrentan a la discriminación si emplean sus propias lenguas, es decir, el problema no es la castellanización de las personas indígenas, sino más bien la pérdida de las lenguas nativas.

Esta norma, además entrega a la Corporación la realización de esta labor, señalando: “(...) en las **áreas de alta densidad indígena** y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, **desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global.** Al efecto podrá

¹⁷ Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN), Casen 2013, Pueblos indígenas, Síntesis resultados (Marzo 2015) Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_Pueblos_Indigenas_13mar15_publicacion.pdf [Fecha de consulta: 1. 11. 2016]

¹⁸ Gráfico elaborado a partir de los valores otorgados encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN), Casen 2013, Pueblos indígenas, Síntesis resultados (marzo 2015)

financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.” (destacado agregado).

Por último, en el artículo 33 que promueve de la educación en las personas de origen indígena, nuevamente no establece cuáles serán los objetivos en la EIB, ni señala normas sobre la revitalización de las lenguas, sino que se trata de la creación de programas de becas para personas indígenas, señalando la radicación de las competencias para impartir dichos beneficios y sus requisitos, este artículo señala:

*“La ley de presupuestos del sector público considerará recursos especiales para el Ministerio de Educación destinados **a satisfacer un programa de becas indígenas**. En su confección, orientación global y en el proceso de selección de los beneficiarios, deberá considerarse la participación de la Corporación”. (énfasis agregado)*

El tratamiento que se otorga es bastante deficiente, pues no se refiere a la educación indígena como señala el párrafo, sino más bien se refiere al ingreso de las personas con origen indígena a programas educativos tradicionales. Esta deficiencia es más evidente teniendo en consideración que estos son las únicas normas que se dedican especialmente a la educación indígena dentro de la ley, funcionando como correctivos a la discriminación de la que han sido víctimas las personas indígenas a lo largo de la historia siendo una “medida tendiente a aminorar tensiones sociales dentro de Estados pluriétnicos”¹⁹.

B. Ley N° 20.370, Establece la Ley General de Educación

La Ley General de educación fue dictada en medio de un contexto de agitación ciudadana siendo respuesta a los movimientos estudiantiles que tuvieron lugar el año 2008 en la llamada “revolución pingüina”. Sin embargo, uno de los elementos que explica su configuración y el trato que efectúa esta ley en materia de educación diferenciada para quienes tienen raíces indígenas fue la ratificación y promulgación el día 2 de octubre de 2008 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT en adelante) que sentó los parámetros específicamente en educación indígena.

De este modo, dentro de la Ley General de Educación promulgada el 17 de octubre de 2009 se tratan cuestiones que se refieren en específico a la educación que se impartirá a los miembros de pueblos indígenas.

a) Principios que rigen la educación:

¹⁹ LAGOS, Cristián. Op cit. p. 86

El artículo 3° de la Ley de educación establece los principios que deben guiar toda política educativa de nuestro país, constituyendo los mínimos a ser respetados tanto por los establecimientos educacionales públicos como privados, se trata de una norma imperativa que no puede dejar de observarse.

En un primer momento, antes de dedicarse a la enumeración de los principios que rigen en materia educativa, menciona como límite infranqueable los derechos de las personas garantizados tanto en la Constitución como los contenidos en tratados internacionales, prescribiendo:

*“El sistema educativo chileno se construye sobre la base de **los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile** y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.”* (artículo 3° ley 20.370).

Esta afirmación preliminar hace una referencia explícita a los derechos contenidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental y a los contenidos en los tratados internacionales incorporados a nuestra legislación por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política, pudiendo resultar reiterativa, pero permitiendo resaltar la importancia que estos tienen en materia de educación.

En cuanto a los principios enunciados por esta norma, existen tres que son fundamentales para este trabajo. En primer lugar, los principios contenidos en la letra e) y j) de este, que, si bien no se refieren de manera específica a la EIB, sirven para sostener la importancia de su existencia. Estos literales señalan:

“Artículo 3°:

***e) Diversidad.** El sistema **debe promover y respetar** la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la **diversidad cultural,** religiosa y social de las poblaciones que son atendidas por él.*

***j) Integración.** El sistema propiciará la **incorporación de alumnos de diversas condiciones** sociales, **étnicas,** religiosas, económicas y **culturales.**” (Énfasis agregado)*

Ambos literales se refieren a la promoción y respeto de las diferencias entre los educandos, incluyendo dentro de estas las que provengan de su cultura.

En primer lugar, afirma el deber de *respeto* este se refiere principalmente a la no discriminación, la que puede ser interpretada desde dos perspectivas. Por un lado, que

dentro de los proyectos educativos se consideren las diferencias culturales; y, por otro, en el respeto a los estudiantes que cuenten con dichas diferencias.

Este deber es más evidente cuando se interpreta lo indicado por el artículo 3° letra j) que trata la integración, que, para ser lograda, requiere de un contexto libre de discriminación, pero más profundo aún, requiere la aceptación de las diferencias como algo positivo.

Por otra parte, se encuentra la *promoción*, esto quiere decir que el Estado no sólo ve con buenos ojos la inclusión que pueda efectuarse de las diferentes culturas (esto no sólo dentro de lo que a los pueblos originarios se refiere, sino también a los inmigrantes), sino que habla directamente de promoción, lo que implica una actividad por parte de las instituciones del gobierno de fomento de estas mismas diferencias.

Específicamente hablando de la EIB, la letra l) del artículo tercero, señala la existencia del principio de interculturalidad, incorporando en dicho principio no sólo la lengua, sino también la cosmovisión y la historia de los diversos pueblos indígenas. Esto resulta destacable, pues se trata de contenidos interconectados, así el literal indica:

“Artículo 3°:

*l) Interculturalidad. El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su **especificidad cultural** y de origen, considerando **su lengua, cosmovisión e historia.**”* (Resaltado añadido)

Siguiendo en el título preliminar, el artículo cuarto establece cada uno de los deberes que poseerá en específico el Estado en las políticas educacionales. Cabe recordar que su observancia es de vital importancia pues el incumplimiento de estos deberes sumado a la existencia de falta de servicio acarrea la existencia de responsabilidad del Estado (sin importar si se trata de órganos que tengan que ver directamente con la educación). Esta norma señala:

*“Es deber del Estado promover políticas educacionales que **reconozcan y fortalezcan las culturas originarias.** (...)*

*Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo **especialmente que se reduzcan las desigualdades** derivadas de circunstancias económicas, sociales, **étnicas**, de género o territoriales, entre otras.”* (destacado agregado)

Los deberes anteriormente indicados, al enmarcarse dentro de un derecho de carácter económico, social y cultural, requieren de un desarrollo progresivo de este²⁰.

b) La EIB como educación especial:

Dentro de las modalidades educativas tratadas en la Ley General de Educación, la educación intercultural bilingüe es reconocida como un tipo especial o diferencial de educación.

Su inclusión no se realiza desde el punto de vista de las necesidades especiales de niños por características de desarrollo o psicológicas especiales, sino porque serán destinados recursos especiales a su implementación²¹.

Esta calidad especial se encuentra desarrollada en el artículo 23 de la Ley, que informa: “**La Educación Especial o Diferencial es la modalidad del sistema educativo que desarrolla su acción de manera transversal en los distintos niveles, tanto en los establecimientos de educación regular como especial, proveyendo un conjunto de servicios, recursos humanos, técnicos, conocimientos especializados y ayudas para atender las necesidades educativas especiales (...)**

*Se entenderá que un alumno presenta necesidades educativas especiales cuando precisa ayudas y **recursos adicionales, ya sean humanos, materiales o pedagógicos**, para conducir su proceso de desarrollo y aprendizaje, y contribuir al logro de los fines de la educación. (...)*

*Se efectuarán adecuaciones curriculares para necesidades educacionales específicas, tales como las que **se creen en el marco de la interculturalidad (...)**” (destacado agregado)*

En el inciso final del mismo artículo se indica, por primera vez la existencia de la EIB, como un modo especial de educación, señalando perentoriamente los aspectos que ha de cubrir dicha educación, esta norma señala:

*“La Educación Intercultural Bilingüe se expresa en el sector curricular dirigido a los niños y niñas, jóvenes y adultos que **reconocen la diversidad cultural** y de origen y en la cual se **enseñan y transmiten la lengua, cosmovisión e historia de su pueblo de origen, estableciendo un diálogo armónico en la sociedad.**”*

²⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta (Madrid, España) p.32

²¹ Esto se debe a que en materia de educación indígena las materias serán impartidas por dos profesores: el profesor titular, quien tendrá título profesional en pedagogía; y el educador tradicional, quien traducirá los contenidos al idioma indígena utilizando los medios de la cultura particular que se trate.

Esto se explica porque la EIB, como su nombre lo señala, no se refiere tan solo a practicar las clases tanto en castellano como en el idioma indígena que se trate, sino que además contempla la variedad de culturas que pueden estar presentes. Esto implica el tratar las temáticas de la historia de los pueblos indígenas desde su propia perspectiva, la transmisión de conocimientos que provienen del folclor de los mismos, y las diferentes formas de observar el universo de estas comunidades, que difieren sustancialmente de las sostenidas tradicionalmente en el mundo occidental.

Lo que intenta hacer esta norma es lograr un respeto efectivo de las diferentes culturas presentes en nuestra sociedad, más allá de una simple enunciación de un deber de no discriminación, estas diferencias deben ser reconocidas dentro de los programas educativos.

c) Asignaturas de lengua indígena y su obligatoriedad como requisito mínimo en la educación parvularia, básica y media

La obligatoriedad de la impartición de asignaturas de lengua indígena actualmente se encuentra en discusión, desde ya adelante que en realidad en la normativa actual no existe obligación de educar en dicha materia.

En los artículos 28²², 29²³ y 30²⁴ de la Ley General de Educación se señalan los requisitos mínimos en la educación parvularia, básica y media respectivamente. En estos tres niveles se contempla una serie de materias que han de impartirse, señalando que cada una de estas materias no requerirán específicamente de una asignatura que los trate.

La utilización de estas palabras puede llevar, lamentablemente, a una interpretación errónea pudiendo sostenerse que ninguno de los contenidos mencionados es obligatorio. Sin embargo esto es un error, los contenidos son obligatorios, pero no requerirán estar

²² **Art. 28:** Sin que constituya un antecedente obligatorio para la educación básica, la educación parvularia fomentará el desarrollo integral de los niños y niñas y promoverá los aprendizajes, conocimientos, habilidades y actitudes que les permitan:

m) En el caso de establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas se considerará, además, como objetivo general, que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permiten comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena reconociendo su historia y conocimientos de origen.

²³ **Art. 29:** La educación básica tendrá como objetivos generales, sin que esto implique que cada objetivo sea necesariamente una asignatura, que los educandos desarrollen los conocimientos, habilidades y actitudes que les permitan:

Inc. Final: En el caso de los establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas, se considerará, además, como objetivo general, que los alumnos y alumnas desarrollen los aprendizajes que les permitan comprender diversos tipos de textos orales y escritos, y expresarse en forma oral en su lengua indígena.

²⁴ **Art. 30:** La educación media tendrá como objetivos generales, sin que esto implique que cada objetivo sea necesariamente una asignatura, que los educandos desarrollen los conocimientos, habilidades y actitudes que les permitan:

Inc. Final: En el caso de los establecimientos educacionales que ofrezcan la formación diferenciada técnico profesional y artística, se consideran, además, como objetivos generales, los aprendizajes requeridos por el perfil de egreso de las respectivas especialidades que impartan.

separados en diversos ramos (pudiendo dos contenidos estar insertos dentro de una misma asignatura).

No obstante, en materia de lenguas indígenas el tratamiento es diferente, no se trata de una obligación general de impartir contenidos, como en las demás materias. Lo mismo ocurre con la enseñanza de la cultura indígena en donde tampoco existe un mandato general a impartir esta enseñanza.

De esta manera, los artículos anteriormente mencionados (arts. 28, 29 y 30) tienen en común el tener una condicionante para impartir la asignatura de la lengua nativa, esta es el *ser un establecimiento educacional con un alto porcentaje de alumnos indígenas*, lo que acota el rango de aplicación de esta asignatura.

Esto implica desde ya efectuar una discriminación entre los establecimientos que tengan y los que no posean estudiantes de origen indígena. Queda entonces cuestionarse si esta discriminación es sostenible y procedente en el entorno actual, y si existe alguna justificación para sostenerla.

Respecto a la discusión planteada sobre la necesidad de impartir las asignaturas de lengua indígena a nivel general a lo largo del país y no sólo en los sectores donde exista mayor concentración de personas de origen indígena, mi postura es que realmente no existen razones de peso por las cuales sólo deba concentrarse en dichas áreas, esto debido a que uno de los factores que ha influido en la progresiva pérdida del uso del lenguaje indígena es la existencia de discriminación y la carencia de status en la utilización de estas llevando a que algunas de estas estén desapareciendo (como la lengua Lican Antay por ejemplo). En general se mira de modo extraño el hablar en lengua indígena, y no es posible justificar dicha realidad normalizándola, siendo una discriminación del tipo estructural²⁵ por lo cual el Estado deberá trabajar de manera activa para erradicarla.

Por otro lado, llama poderosamente la atención que, dentro de los contenidos mínimos contemplados dentro de los mismos artículos (es decir como contenido obligatorio), se señala: *“la comprensión de uno o más idiomas extranjeros”* esto sin establecer diferencias.

¿Por qué se realiza esta distinción? ¿Cuál es la justificación que se da para sostener el aprendizaje general de un idioma extranjero y no se potencie el conocimiento general, aunque sea básico, de las propias lenguas originarias de nuestro país? Pueden señalarse

²⁵ Ver: NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza; y BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda (2014). *Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Centro de Derechos humanos. (Santiago, Chile)

criterios desde el punto de vista de proyección de los estudiantes hacia el extranjero, para justificar el conocimiento de estos, pero no existen razones para que se niegue el conocimiento general de las lenguas indígenas.

d) Bases de la implementación de la EIB:

En cuanto a las atribuciones de establecimiento de las bases curriculares que se impartirán en materia de EIB, se entrega al consejo Nacional de educación la labor de desarrollar los programas de implementación de esta enseñanza, correspondiéndole a dicha entidad, según lo señalado en el artículo 53 de la Ley:

*“a) Aprobar o formular observaciones fundadas a las bases curriculares para cada uno de los niveles de la educación regular parvularia, básica y media, y para las formaciones diferenciadas que existan o pudieren crearse en educación media, para las modalidades de educación de **adultos y especial o diferencial**, y para las modalidades que pudieren crearse.*

*b) **Aprobar o formular observaciones a las adecuaciones curriculares para poblaciones específicas, incluidas, entre otras, los pueblos originarios y los talentos.**”*

Lamentablemente, el avance en materia no ha sido constante, debido a los cambios de enfoque que han existido a lo largo de la vigencia de esta ley (que recién cumplirá ocho años). Esta sigue siendo una temática en desarrollo de ensayo y error, lo que se ha traducido en que no se cumplan los objetivos inicialmente buscados, sobre todo en materia de revitalización de estas lenguas.

La disminución de hablantes se explica en razón de que se trata de materias optativas, aún en las comunidades donde se hablaba más en la lengua originaria (como los rapa nui) ha tendido a reducirse sostenidamente en la cantidad de hablantes (siguiendo el ejemplo de isla de pascua, según lo indicado por Geraldine Cariman, los últimos cuatro años ha existido una disminución de hablantes de la lengua rapa nui, sobre todo en edad infantil²⁶).

²⁶ Entrevista realizada el día 28 de Julio de 2016.

4. NORMAS INFRALEGALES

A. Decreto Supremo 280 del Ministerio de Educación

El Decreto 280 del Ministerio de Educación es una norma fundamental dentro de la normativa que rige la implementación de la materia de lengua indígena. El decreto, al igual que la Ley General de Educación, fue inspirado a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y viene a dar aplicación a los principios y contenidos ya mencionados en el apartado anterior.

Este decreto modifica al Decreto 40 del ministerio del ramo, que establecía los contenidos mínimos y obligatorios y los objetivos fundamentales de la educación básica.

En materia de educación en la lengua indígena toma como ejemplo las normas vigentes para los establecimientos educacionales que opten por la modalidad bilingüe, entendiendo que esto se refiere a los centros educacionales que imparten sus clases en un idioma diverso al español (como por ejemplo el Colegio Suizo de Santiago, el Colegio Alemán, The British School de Punta Arenas, entre otros).

El Decreto, promulgado el 20 de septiembre de 2009 contempla una planificación de implementación gradual del sector de aprendizaje de Lengua Indígena en la enseñanza básica, a partir del año 2010 con los primeros básicos y finalizando el 2017 con su implementación en octavo básico. La cuestión ahora es cómo se continuará este programa, pues solo se contempla normativa hasta este año, debiendo avanzar hacia los cursos superiores de la enseñanza escolar.

Dentro de las motivaciones que señala el Decreto, que inspiran su creación y explican su necesidad se señala:

“Que, es necesario dar respuesta a los intereses y necesidades técnicas planteadas por las escuelas básicas que atienden alumnos de las comunidades indígenas reconocidas por la ley N° 19.253: Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuense, Quechua, Diaguita, Colla, Kawáshkar o Alacalufe, Yámana o Yagán y Atacameño o Likan Antai;”

Esta afirmación resulta relevante en el sentido que implica una real preocupación por los pueblos originarios, pero la verdad es que este desarrollo resulta por decir poco, tardío, en el entendido que la promulgación de la Ley 19.253 fue el año 1993, lo que significa que hubo un vacío normativo sobre la educación indígena incluso posterior al reconocimiento legal de

sus derechos por la recién mencionada ley, de hecho pasaron dieciséis para que este tema fuera tratado, tanto en la Ley 20.370 y en el Decreto en análisis.

Desde mi opinión esto se debe a que el tema de una educación diferente para las personas de origen indígena no fue planteado al momento de discutir la Ley Indígena, lo que se refleja en que dentro de esta la parte dedicada específicamente a la educación se contemplan normas tendientes a la incorporación de estos individuos a la sociedad, en general, y no a la protección de su calidad cultural especial.

a) Del Sector de Aprendizaje de Lengua Indígena:

El decreto para referirse a los cursos que serán impartidos en los establecimientos educacionales se refiere a la existencia de un Sector de Aprendizaje de Lengua Indígena, señalando en la parte de los contenidos y objetivos que guiarán indicando: *Chile es un país multicultural y plurilingüe*²⁷ afirmación que no ha sido realizada en ninguna otra norma legal, ni siquiera dentro de la Ley Indígena.

Frente a esta diversidad de lenguas y culturas indica que es necesario establecer un espacio educativo que se ajuste a estas diferencias y contribuya a la aceptación de esta realidad multicultural y plurilingüe debiendo asegurar a los niños y niñas de culturas y lenguas diversas, la oportunidad de aprender lenguas indígenas pertinentes a su propia realidad.

En las normas específicas del decreto, se realiza una diferenciación entre dos posibilidades en las que pueden encontrarse los establecimientos educacionales:

Establecimientos que imparten de manera voluntaria: puede impartir la asignatura de lengua indígena de manera voluntaria, en este caso el ramo tiene el carácter de optativo, debiendo los padres decidir si sus hijos recibirán enseñanzas en esta materia en razón de que se trata de estudiantes de enseñanza básica²⁸.

*Establecimientos que **deben** impartir la asignatura:* se señala la obligatoriedad de impartir esta asignatura en los centros educacionales en los que exista más de un 20% de

²⁷ Este reconocimiento de la diversidad de culturas e idiomas presentes en nuestro país, si bien es valioso, no es suficiente, en el entendido de que se encuentra dentro de un Decreto, con nivel normativo inferior al legal, por lo cual sería pertinente revisar la legislación y adecuar, de modo de que este reconocimiento sea vinculante a todos los órganos del Estado y también a los privados. Además, hay que tener en cuenta que la mayoría de los Estados en Latinoamérica reconocen esta multiculturalidad dentro de sus textos constitucionales, lo que será tratado en el tercer capítulo de este trabajo.

²⁸ En este punto obviamente el decreto se efectuó teniendo en mente a los primeros años de enseñanza básica, ya que eran los primeros que estarían afectados a esta regulación, pero actualmente, según la planificación entregada por el decreto, la implementación de este se encuentra en octavo básico, curso en el cual ya podrá dejar la decisión en los propios niños, reconociendo así la autonomía progresiva de estos.

estudiantes con ascendencia indígena. Así señalan respectivamente el artículo 4° y 5° del decreto:

*“Art. 4º: El Sector de Aprendizaje Lengua Indígena **podrá impartirse** en todos los establecimientos educacionales del país que quieran favorecer la interculturalidad, comenzando a implementarse gradualmente desde el primer año de enseñanza básica.*

Este sector tendrá un carácter optativo para el (la) alumno (a) y la familia. (...)”

*“Artículo 5º: No obstante lo establecido en el artículo anterior, los establecimientos educacionales que **cuenten al término del año escolar con una matrícula de un 20% o más de alumnos con ascendencia indígena**, de conformidad a la ley N°19.253, les **será obligatorio ofrecer el Sector de Lengua Indígena** a partir del año escolar siguiente y a contar de la fecha que se indica a continuación:*

- *Establecimientos con **50% o más de estudiantes de ascendencia indígena: año 2010.***
- *Establecimientos entre **un 20% a un 49% de estudiantes de ascendencia indígena: año 2013.**” (Resaltado incorporado)*

Dentro del análisis hasta ahora efectuado, el artículo 5° arriba transcrito, representa la primera norma en que se habla de una *obligación* frente a la comunidad indígena sobre el sector de aprendizaje de lengua indígena, que, si bien se acota a cierto sector, no le otorga un tratamiento de mera facultad.

Este decreto está redactado teniendo en consideración el desarrollo progresivo del derecho a la educación, lo que implica que dentro del futuro cercano deberían establecerse nuevos lineamientos según los avances concretados durante la vigencia de este decreto.

Sin embargo, si bien es obligatorio para los establecimientos impartir las asignaturas correspondientes a la enseñanza de las lenguas indígenas, no es igualmente obligatorio para los estudiantes cursar dichas asignaturas. Por esta razón, dentro del contenido del Sector de Lengua Indígena se establecen tres parámetros diferentes de implementación de dicho sector.

Por un lado, los establecimientos educacionales con alta concentración de alumnos con ascendencia indígena la asignatura se realizará como un optativo, correspondiendo a los padres la elección de si cursarán o no dicha asignatura (siendo, como ya fue mencionado, obligatorio impartir el mentado optativo).

En segundo lugar, se menciona que todas las demás escuelas, colegios, liceos, etc. contarán con la asignatura de manera voluntaria, correspondiendo a cada establecimiento decidir si se ajusta a los objetivos buscados por el centro educacional, y en caso de contemplarse deben guiarse por los objetivos de bilingüismo e interculturalidad.

Por último, se hace una recomendación general, a los centros educativos que se encuentren insertos en comunas de alta densidad y concentración de personas indígenas que se ofrezca este sector de aprendizaje, para que cada alumno decida si cursa dichas asignaturas, o no.

Para finalizar la revisión del decreto 280, este señala que metodológicamente hablando se organizará este sector del modo que se desarrolla la asignatura de Lenguaje, focalizándose tanto en la escrituración y lectura, y la expresión oral. Pero además indica que dentro de la enseñanza de este sector se guiara por la particular cosmovisión, valores y costumbres de cada uno de estos pueblos, teniendo en cuenta, de modo adicional, las propias particularidades del entorno en que se desarrollen los planes de este sector.

B. EL PEIB

La implantación del PEIB, fue iniciada el año 1996, y, a diferencia de las normas anteriormente analizadas, su existencia es anterior a la ratificación del Convenio 169 de la OIT por nuestro país (que en la actualidad es la base de la protección indígena), siguiendo los criterios establecidos por la Ley 19.253 (específicamente por aplicación de los artículos 28²⁹ y 32³⁰ del mencionado cuerpo legal).

²⁹ **Artículo 28.-** El reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas contemplará:

- a) El uso y conservación de los idiomas indígenas, junto al español en las áreas de alta densidad indígena;
- b) El establecimiento en el sistema educativo nacional de una unidad programática que posibilite a los educandos acceder a un conocimiento adecuado de las culturas e idiomas indígenas y que los capacite para valorarlas positivamente;
- c) El fomento a la difusión en las radioemisoras y canales de televisión de las regiones de alta presencia indígena de programas en idioma indígena y apoyo a la creación de radioemisoras y medios de comunicación indígenas;
- d) La promoción y el establecimiento de cátedras de historia, cultura e idiomas indígenas en la enseñanza superior;
- e) La obligatoriedad del Registro Civil de anotar los nombres y apellidos de las personas indígenas en la forma como lo expresen sus padres y con las normas de transcripción fonética que ellos indiquen, y
- f) La promoción de las expresiones artísticas y culturales y la protección del patrimonio arquitectónico, arqueológico, cultural e histórico indígena.

Para el cumplimiento de lo señalado en el inciso anterior, la Corporación, en coordinación con el Ministerio de Educación, promoverá planes y programas de fomento de las culturas indígenas.

Se deberá considerar convenios con organismos públicos o privados de carácter nacional, regional o comunal, que tengan objetivos coincidentes con los señalados en este artículo. Asimismo deberá involucrarse para el cumplimiento de dichas finalidades a los gobiernos regionales y municipalidades.

³⁰ **Artículo 32.-** La Corporación, en las áreas de alta densidad indígena y en coordinación con los servicios u organismos del Estado que correspondan, desarrollará un sistema de educación intercultural bilingüe a fin de preparar a los educandos indígenas para desenvolverse en forma adecuada tanto en su sociedad de origen como en la sociedad global. Al efecto podrá financiar o convenir, con los Gobiernos Regionales, Municipalidades u organismos privados, programas permanentes o experimentales.

Este programa que fue desarrollado por el Ministerio de Educación (Mineduc en adelante) y la CONADI.

La Ley 19.253, como ya fue mencionado, no se dedica de manera orgánica a establecer los criterios que han de llevarse a cabo en la enseñanza indígena. En este sentido es necesario recalcar que este programa educativo no se refirió, en un principio, a la existencia del derecho a la lengua en la educación, sino más bien al desarrollo cultural de la educación.

De manera concreta dentro del programa se incluía la enseñanza en la lengua nativa, pero no es su calidad de derecho, sino que, buscando una educación adecuada al entorno cultural en el que se desarrollan los niños. La calidad de derecho viene a ser posterior, con la entrada en vigencia de la Ley General de Educación.

Así se señala dentro de los estudios posteriores realizados para medir el avance que han tenido dichos programas, que la principal motivación por la cual se implementa era “Mejorar la calidad y pertinencia de los aprendizajes a partir de la *contextualización* curricular y fortalecimiento de la identidad étnica de niños, niñas, jóvenes y adultos”³¹, por esta razón el análisis del PEIB se realizará de manera posterior al conocimiento de las normas jurídicas anteriormente tratadas, de modo de conocer la conexión de este programa educativo con la materia en cuestión, para responder la pregunta inicialmente planteada.

Los objetivos iniciales del PEIB eran:

- 1) La incorporación de textos bilingües que aborden la problemática intercultural desde el punto de vista pedagógico.
- 2) La distribución de software de las culturas y lenguas indígenas del país en escuelas y liceos focalizados por el MINEDUC.
- 3) La formación de maestros bilingües mapuche y aymara.
- 4) La creación de sistemas de inmersión de lengua Rapa Nui en la Isla de Pascua.
- 5) La contextualización de programas de estudios a la realidad cultural y lingüística de los estudiantes.
- 6) El desarrollo de proyectos educativos institucionales con participación de las comunidades indígenas.
- 7) La participación de autoridades indígenas en actividades pedagógicas de la escuela

³¹ Ministerio de Educación, Chile (2011). *PEIB- Orígenes, Estudio sobre la implementación de la Educación Intercultural Bilingüe*. (Chile) p. 5

8) La generación de modelos de uso de Nuevas Tecnologías en escuelas con población indígena (Televisión e Informática Educativa)³²

Como se aprecia, dichos objetivos y lineamientos de trabajo se insertan dentro de una idea de contextualización de la educación al entorno indígena. La idea de bilingüismo no tiene como objetivo la protección de un derecho de los pueblos indígenas de comunicarse con su propia lengua frente a la sociedad, sino que se trata de enseñar a dichas personas dentro de su propia cultura de manera de poder adaptarse a la sociedad en general.

De este modo los focos fueron dos: por un lado, la formación de profesores que pudieran trabajar en el contexto del bilingüismo y la cultura de los pueblos originarios; y, por el otro generar un avance curricular para el desarrollo de este programa.

Sin embargo, el desarrollo del programa se vio enfrentado a dos situaciones que no se contemplaron en un inicio, estos son: la promulgación de la Ley General de Educación, que contempla como derecho para las personas que habitan en áreas de alta concentración de población indígena, el desarrollo de asignaturas de lengua indígena; y, por el otro, el estudio realizado por la UNESCO sobre la educación en los pueblos originarios, viéndose compelido, tanto el Mineduc como la CONADI, a cambiar los parámetros que habían motivado los trabajos hasta el momento realizados, sobre todo en materia de revitalización de las lenguas indígenas.

Actualmente las motivaciones y objetivos seguidos por este programa educativo especial ya no se dirigen a la castellanización de los hablantes indígenas, sino, como fue expresado en el párrafo anterior, se guían hacia la recuperación de estas lenguas originarias de nuestro país, por la crisis ocasionada a estas lenguas, dichas motivaciones son las que siguen:

- 1) Implementación del sector/asignatura de Lengua Indígena
- 2) Revitalización cultural y lingüística
- 3) Interculturalidad en el espacio escolar
- 4) Estrategias de bilingüismo³³

A mayor abundamiento cabe resaltar que tres de los cuatro objetivos seguidos en la actualidad por el PEIB tienen que ver con la recuperación y uso de las lenguas indígenas, lo que permite confirmar la importancia actual de esta materia, dada la progresiva pérdida de estas.

³² Ibidem p. 7

³³ Información encontrada en la página web del Mineduc, disponible en: http://portales.mineduc.cl/index2.php?id_portal=28&id_seccion=3442&id_contenido=14010 [fecha de consulta 29. 8. 2016]

El análisis del PEIB no se adentrará en la descripción de la metodología, maya curricular, etc. que se ejecutan a partir de este programa, debido a que el presente trabajo se focaliza en la descripción de la normativa imperante actualmente en materia de derecho a la lengua en el país, por lo cual no es conducente tratar esta temática.

5. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

A. Proyecto de Ley Sobre los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de Chile

Actualmente existen dos proyectos en tramitación sobre derechos lingüísticos de los pueblos originarios chilenos, uno ingresado por los senadores: señores Horvath, Bianchi y De Urresti y otro por las diputadas señoras Vallejo, Cariola, Fernández, Provoste y de los diputados señores Boric, Jackson, Mirosevic, Poblete, Teillier y Venegas, Boletines 9363-04 y 9424-17 respectivamente.

Ambos proyectos fueron presentados en la primera mitad del año 2014, teniendo una redacción y motivación idénticas, de modo que un análisis realizado de manera separada no sería productivo. Cabe señalar que estos son los proyectos más recientes al respecto, debido a que existen otros cinco proyectos anteriores, archivados, que no pasaron la gestión constitucional.

Estos proyectos tienen como objetivo suplir las falencias en la protección y reconocimiento, de los pueblos indígenas, que han imperado a lo largo de la historia de nuestro país.

Al momento de referirse a las razones de la pérdida de la cultura y lenguas indígenas se realiza una mención expresa a las políticas educativas llevadas a cabo por los gobiernos en general, que han dejado esta preocupación a un nivel secundario, más bien de modo “simbólico” o “folclórico”, formando parte de los discursos políticos, pero sin una preocupación concreta y real, indicando de esta forma:

“es posible observar **una pérdida progresiva de la lengua originaria en la población indígena de Chile**. Uno de los factores gravitantes en esta pérdida lingüística, según se ha expuesto coincidentemente por diversos estudios sobre la materia, es el fenómeno de desplazamiento de las lenguas indígenas por la lengua castellana, especialmente en las escuelas. Esta situación **no solo conlleva la sustitución de una lengua por otra a la que**

se le asigna un cierto "prestigio social" por sobre aquella, pues, el desenvolvimiento cotidiano de nuestra sociedad ha tenido que **ver con la inculcación de actitudes de rechazo hacia el uso de lenguas indígenas** como medios de comunicación y expresión, ante lo cual, reiteramos, **el Estado de Chile ha perseverado injustificadamente en una omisión de acciones que promuevan revertir los efectos** de socavar el uso de las lenguas indígenas.³⁴ (énfasis agregado)

Sin embargo, se destaca la existencia de una preocupación social en la recuperación de estas lenguas, en proceso de desaparición, en agrupaciones tales como la Red de por los Derechos Educativos y Lingüísticos, que han coadyuvado en la creación de estos proyectos.

Dentro de ambos proyectos se indica la calidad de derechos fundamentales de los derechos lingüísticos, señalando que posee una doble implicancia, por un lado, una vertiente individual, como el derecho de cultivar la propia lengua y expresarse sin ser objeto de tratos discriminatorios; y, por otro lado, una calidad colectiva, dado que este derecho debe ser ejercido de manera conjunta con la comunidad (por razones obvias no puedes comunicarte si no existen personas con quienes hacerlo).

La calidad de derecho fundamental es atribuida a partir del Convenio 169 de la OIT, del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, del Pacto de derechos civiles y políticos, además de mencionar que se le otorga dicha calidad en la Declaración de Derechos Lingüísticos de Barcelona de 1996³⁵.

Por último, se indica que al no existir normativa que trate este derecho, de manera de institucionalizarlo y hacerlo exigible a nivel nacional, se violan las obligaciones generales contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

a) Normas en protección del derecho a la lengua en la educación:

Ambos proyectos cuentan con diecisiete artículos, divididos en cinco capítulos, uno para establecer principios y definiciones; el segundo trata de los derechos lingüísticos, de modo específico; el tercero se refiere a la creación del Instituto de derechos Lingüísticos; el cuarto se dedica a normar la materia en los medios de comunicación; y, por último, el capítulo quinto se dedica a establecer las sanciones a la apropiación indebida de los derechos lingüísticos, y la discriminación que puedan ser afectas las personas por su calidad de indígena. Me referiré más profundamente a los dos primeros capítulos.

³⁴ Proyecto de Ley, Boletín 9424-17, proyecto ingresado el 1 de Julio de 2014.

³⁵ Celebrada con el apoyo de la Unesco y, la participación de 66 organizaciones no gubernamentales (ONG), 41 centros PEN y 41 expertos internacionales en jurisprudencia lingüística.

Dentro del artículo 1° de ambos proyectos señalan el objeto buscado con su implementación, señalando que son presentados para: *conocer, proteger y garantizar los derechos lingüísticos individuales y colectivos de los pueblos Indígenas en Chile, así como la promoción del uso y desarrollo de sus lenguas y su armónica relación con el idioma castellano.*

En el proyecto boletín 9424-17, se agrega además el objeto de dar eficacia a los contenidos adoptados por Chile al momento de ratificar el Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo que se refiere a la educación, optando por el fomento al bilingüismo y la interculturalidad

Por su parte el artículo segundo reafirma lo señalado por el Decreto 280, indicando que Chile es un país pluricultural y plurilingüe, señalando además: *“El cultivo de la diversidad lingüístico cultural pertenece a los lineamientos de las políticas educativas, culturales y lingüísticas recomendadas por las Naciones Unidas, e inserta en la política pública nacional, por medio de la Ley General de Educación (LGE) que incorpora la educación intercultural bilingüe, y se vincula al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por medio del Convenio 169 de la OIT, vigente en Chile, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.”*

Junto con este reconocimiento, el artículo 7° del proyecto se establece que las lenguas indígenas tendrán la calidad de nacionales, de modo que en tal calidad tendrá el mismo importancia y validez en su uso que el castellano.

b) Derechos lingüísticos y su protección:

Dentro de las normas de mayor relevancia dentro de los proyectos de ley, el artículo 8° contempla la utilización del recurso de protección contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, recurso otorgado para la protección de los derechos constitucionalmente tutelados.

Sin embargo llama la atención este tratamiento, pues se asume la calidad de derecho fundamental de, valga la redundancia, este derecho, sin que en ningún momento se afirme tal status, de hecho dentro del proyecto no se contempla la posibilidad de un cambio constitucional al respecto.

Este olvido que no ayuda al reconocimiento de este como derecho fundamental, pues mientras no se les otorgue esta calidad, debido primordialmente a los problemas que existen

en cuanto a la interpretación del artículo 5 inc. 2° de la Constitución³⁶, no se le otorgará la tutela que como tal requieren, es decir, es necesaria la existencia de una afirmación dentro del texto Constitucional de tal calidad.

Por su parte, el artículo 9° de los proyectos indica cuáles serán los derechos reconocidos, y, por ende, posiblemente protegidos por el recurso de protección, este artículo señala:

“Derechos lingüísticos. Se reconocen como derechos lingüísticos los derechos colectivos e individuales de una comunidad lingüística, de los pueblos indígenas de Chile y de las personas. Son especialmente reconocidos:

- a. El derecho a **comunicarse en la lengua de la que se es hablante, sin restricciones** en el ámbito público o privado (...)
- b. El **derecho de los descendientes de un pueblo indígena a aprender y adquirir la lengua** de sus padres, abuelos o antepasados pertenecientes al pueblo indígena del país, cualquiera sea.
- c. El derecho a **conservar y a proteger los nombres de personas y lugares en lenguas indígenas**, y, en general, los nombres propios en esas lenguas. Sobre la protección de las denominaciones, se hace imprescindible el derecho a conservar el nombre cultural y patrimonial y de significado de los espacios y territorios.
- d. El derecho a **la no discriminación por razones lingüísticas** en áreas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la vida familiar, la educación, la vida cultural y la libertad de expresión;
- e. El derecho a ser consultados respecto a toda medida que se pretenda implementar en materia de lenguas, conocimientos y valores y culturas originarias. La consulta se realizará conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.” (énfasis agregado)

Esta norma es especialmente útil en la materia, pues aúna los criterios que se encuentran dispersos en las normas anteriormente tratadas, concordancia que es necesaria y cuya carencia ha sido uno de los principales problemas en esta cuestión.

Por último, con respecto a la EIB el artículo 10° señala perentoriamente la existencia de un deber del Estado de garantizar los derechos contenidos en el proyecto. Dentro de esta norma se indica que deberá ser obligatoria para los niños, niñas y adolescentes que tengan

³⁶ Ver: GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014). *El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1. pp. 329-364. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Talca, Chile).

ascendencia indígena, debiendo adoptarse todas las medidas tendientes a su implementación.

Además, dentro de las propuestas se establece la necesidad de fomentar la interculturalidad y plurilingüismo en la educación superior, fomentando el respeto a las diferencias y diversidad cultural.

Este artículo tiene varias implicancias, en primer lugar se refiere a jóvenes o adolescentes, lo cual significa una ampliación de la normativa vigente, que solo se refiere a la educación para niños de 1° a 8° básico. En segundo lugar, es la primera vez que se mencionan a las instituciones de educación superior.

Sin embargo, aún no es suficiente, pues para llevar a cabo las labores educativas es necesario que se impartan cátedras de lenguas indígenas, que permitan su enseñanza general y no solo a las personas con ascendencia indígena.

Para finalizar es necesario destacar la creación del instituto de derechos lingüísticos que permite dar eficacia a las normas contenidas en el proyecto, de este modo, valga la redundancia, se institucionaliza la protección de estos derechos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO A LA LENGUA ORIGINARIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de entrar en el análisis del tratamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho a la lengua en educación es necesario referirse al artículo 5 inciso 2° del texto constitucional, que indica: *“El ejercicio de la soberanía reconoce 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”*.

Más allá de discusión del valor o jerarquía que ocupan los tratados internacionales ratificados por nuestro país (cuestión a la que no me referiré), permite que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se incorporen derechos y garantías fundamentales no contenidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental pudiendo existir “acceso, ahora abierto, del derecho constitucional supranacional”³⁷.

1. SISTEMA DE UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

³⁷ CEA EGAÑA, José Luis (2012) Op. cit. p. 47

En sus inicios la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) se dedicó a tratar los derechos estableciendo catálogos casi exclusivamente individuales, sin referirse a derechos colectivos; y, por consiguiente, sin tratar los derechos lingüísticos “sobre la base de que el idioma en cuestión constituye un bien colectivo o comunal de una comunidad lingüística en particular”³⁸.

Sin embargo, al pasar de los años este panorama ha ido variando, debido a la necesidad de protección a minorías, más allá de lo indicado en el artículo 27 del pacto de derechos civiles y políticos.

De este modo se han acordado declaraciones para la debida protección de estos grupos minoritarios presentes en la sociedad; un ejemplo son la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígena. Si bien, se trata de declaraciones, que, como tales, no son vinculantes para los Estados permiten la generación de un parámetro de actuación, pudiendo asentarse incluso como normas consuetudinarias.

Por otro lado, dentro del marco de Naciones Unidas la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se dictó la convención más importante en lo que se refiere a la protección de los pueblos indígenas.

De este modo el tratamiento otorgado al derecho a la lengua va desde una perspectiva más amplia, como es la simple aceptación de la utilización del idioma originario, hacia una perspectiva más específica, como es el reconocimiento del derecho a la lengua dentro de la educación, medios de comunicación, ante autoridades públicas, etc.

Por esta razón se realizará un análisis sobre los distintos pactos y declaraciones a nivel ONU, a excepción del Convenio 169 de la OIT (que dada la profundidad de su tratamiento será analizado de manera independiente en el siguiente apartado) señalando los artículos de relevancia para el tema en cuestión y señalando su importancia.

³⁸ MAY, Stephen (2010) *Derechos lingüísticos como derechos humanos*. Revista Antropología Social. p. 133

A. Declaración Universal de los Derechos Humanos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948 como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse³⁹, siendo el primer paso adoptado por los Estados miembro de la Asamblea de las Naciones Unidas para dar reconocimiento a los derechos y libertades básicas de las personas.

Como fue mencionado se trata de un catálogo básico de derechos, guiados a la satisfacción de derechos individuales, que han sido ampliados consecutivamente por diversos instrumentos internacionales.

En lo que se refiere al tema que nos convoca, es decir el derecho a la lengua, específicamente indígena, dentro de la educación, como se indicó primera parte del trabajo, puede ser abordado desde tres perspectivas interconectadas, por un lado, en lo que se refiere al derecho de utilizar la lengua propia como parte de la identidad cultural (ya sea de la persona o del grupo o comunidad); en segundo lugar, a partir del derecho a la no discriminación; y por último, a partir de la protección del patrimonio cultural.

Ahora bien, dentro de la declaración no existe reconocimiento expreso a el derecho a la lengua o derechos lingüísticos, dada la especificidad de dichos derechos; sino que más bien se trata de un derecho construido por vía interpretativa.

Sin embargo, es posible realizar una primera aproximación a partir de dos derechos que son contenidos dentro de la declaración: la no discriminación y el derecho a la educación.

a) **No discriminación:**

Respecto al primero de estos derechos el artículo 2.1 de la misma prescribe:

*“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, **idioma**, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”*
(énfasis agregado)

Este artículo permite el reconocimiento de una igual protección, sin discriminación, en los derechos reconocidos a las personas. En el tema en específico, dentro de la educación no

³⁹ *Preámbulo Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre 1948)*

puede establecerse ninguna discriminación basada en el idioma de los individuos, ya sea oficial o no oficial dentro del Estado en cuestión.

Esto no solo conlleva actuaciones la adopción de medidas que impidan la discriminación, sino una institucionalización que permita la concreción de la igualdad en el trato sin diferenciación por tales motivos.

Vinculándolo a la educación, implica la existencia de establecimientos que permitan la educación efectiva para los individuos que se comuniquen en idiomas diversos al oficial dentro del Estado. No obstante, a partir de este artículo no es posible establecer la necesidad de impartir las clases en el idioma originario más allá de los casos en que los individuos no puedan comunicarse en idioma mayoritario (ya que no se podría argumentar que existe derecho a educación si en realidad no existe un traspaso de conocimientos) sin embargo, no permite mayor elaboración hacia la “protección y fomento” de las lenguas originarias como el deber del Estado de implementar asignaturas o impartir las clases en idiomas diversos al oficial.

b) Educación:

Por su parte el artículo 26.2 de la Declaración, referente a la educación, indica:

*“La educación tendrá por objeto el pleno **desarrollo de la personalidad humana** y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; **favorecerá la comprensión, la tolerancia** y la amistad entre todas las naciones y todos los **grupos étnicos** o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”* (destacado agregado)

Esta norma tiene dos contenidos, en primer lugar, señala el *objeto* de la educación como el *desarrollo de la personalidad humana*, de vital importancia dentro de la cuestión en análisis, debido a que, si entendemos que la lengua o el idioma es parte integrante de la identidad cultural, este será parte del desarrollo de la persona, por lo cual requiere de protección y de la existencia de una institucionalidad que permita su progreso.

La segunda parte, se refiere al fomento de la tolerancia entre diversos grupos o culturas, esto va estrechamente ligado a lo prescrito por el ya reseñado artículo 2.1 de la Declaración, pero va un paso más adelante pues no solo se refiere a la no discriminación, sino que suma el impulso de la tolerancia, lo que implica un trabajo guiado al conocimiento de la diversidad cultural.

A partir de lo analizado, es posible concluir que, si bien la consagración de un derecho a la lengua, aporta los supuestos básicos de no discriminación, de desarrollo de la personalidad humana y de fomento a la tolerancia dentro de la educación, lo que nos puede guiar en la generación de un cuerpo normativo acorde, estableciendo las bases de lo que se refiere a la educación en las lenguas originarias.

B. Pacto internacional de Derechos civiles y políticos:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto o PIDCP) adoptado el 16 de diciembre de 1966 (Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)) vino a dar eficacia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que las declaraciones de derechos son tradicionalmente tratadas por los Estados como no vinculantes, por lo cual, en su tiempo, fue un gran avance en el reconocimiento de los derechos humanos.

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2.1 establece el principio de igual protección a los derechos de los individuos, sin distinción raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Para el análisis de esta cuestión me remitiré a lo descrito en el apartado anterior.

El Pacto comprende principalmente derechos individuales, sin embargo, realiza una primera aproximación a el reconocimiento de los derechos de minorías, prescribiendo en su artículo 27:

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

En esta primera aproximación es fundamental al momento de dar protección a las minorías, pues se entiende que el reconocimiento de derechos individuales no es suficiente⁴⁰ para el caso estas, ya sea religiosas, étnicas, etc. sino que es necesario el reconocimiento a su vida cultural como comunidad.

⁴⁰ Esto ha llevado a la proliferación de convenciones y tratados especiales para la protección de minorías.

Este derecho puede comprenderse a partir de dos criterios, uno puede establecer que la frase “no se *negara*” implica que no existen obligaciones de actuación del Estado, de este modo lo único que debe hacer el Estado es respetar la existencia de estas minorías y tolerar las diversas prácticas religiosas, lingüísticas o culturales.

Por el contrario, desde una visión menos literal puede conllevar actuaciones positivas por parte de los Estados⁴¹, lo que se condice con la finalidad del PIDCP que es la efectiva protección de los derechos de los individuos. Mediante esta última interpretación, puede darse eficacia al derecho que, de otra forma se convertiría en una declaración de buenas intenciones, “permite salvar una redacción poco favorecedora para las minorías al afirmar que la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados en este artículo tienen un carácter positivo que garantiza el disfrute efectivo de los derechos otorgados”⁴².

Lo analizado permite sostener que el Estado está obligado por medio del Pacto a garantizar la utilización del propio idioma a todas las personas, pasando a ser la pregunta en qué medida el Estado debe financiar la lengua y la educación minoritarias⁴³.

C. Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales:

El Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (en adelante PIDESC) fue adoptado en conjunto con el PIDCP en la misma resolución, este vino a dotar de eficacia a los derechos llamados de segunda generación⁴⁴, de modo de asegurar una vida y desarrollo digno de los individuos, requiriendo que los Estados adoptaran políticas llevadas a la realización y goce de estos derechos.

Dentro de esta convención tampoco se establece específicamente el derecho a la lengua, pero prescribe ciertas bases que permiten su desarrollo.

En primer lugar, al igual que todas las convenciones de derechos humanos reconoce el derecho a no ser discriminado, especialmente por motivos de raza, idioma, etc. pero a diferencia del PIDCP y la Declaración Universal de Derechos Humanos, al momento de

⁴¹ Ver: CAPOTORTI, Francesco (1979). *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*. Naciones Unidas (Nueva York, E.E.U.U.)

⁴² BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel (1995). *El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías*. Revista de Instituciones Europeas N° 22. p. 942

⁴³ MAY, Stephen. Op. cit. p. 142

⁴⁴ Ver NOWAK, Manfred (2003) *Introduction to the International Human Rights Regime*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library. Martinus Nijheff Publishers (Leiden/ Boston).

referirse a la adopción de medidas por parte de los gobiernos agrega el concepto de **progresividad** en su implementación, esto debido al carácter eminentemente prestacional de este tipo de derechos. De esta forma en el artículo 2.1 señala:

*“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos**”* (énfasis agregado)

Este reconocimiento de progresividad es fundamental al tratar el derecho a la lengua dentro de la educación, ya que si es tratado como derecho económico, social y cultural (en adelante DESC) implica que para su implementación el Estado deberá ir adecuando su legislación e instituciones de manera gradual, hasta lograr la consecución del derecho en su totalidad.

Por otra parte, en lo que respecta al derecho a la educación el artículo 13 del PIDESC se señala, reiterando lo indicado en el PIDCP, que esta debe ser orientada al *desarrollo de la personalidad humana* y el apoyo y fomento a la *tolerancia de la diversidad cultural* presente en la sociedad (Artículo 13.1 PIDESC).

En el mismo artículo 13 del PIDESC en su tercer punto desarrolla una cuestión no tratada los instrumentos anteriormente señalados, incorporando al derecho a la educación la libre elección que tienen los padres y tutores en la educación de sus hijos, de acuerdo a sus propias creencias y convicciones, indicando lo siguiente:

*“3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza; y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación **religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.**”* (énfasis agregado)

Este artículo solo se refiere a convicciones religiosas o morales, sin referirse a las convicciones culturales que puedan tener los padres, o el derecho a educarlos de acuerdo a su propia cultura. Esto representa un obstáculo al momento de argumentar la existencia del

derecho a la lengua en la educación pues no queda clara la inclusión de características netamente culturales o étnicas dentro de esta elección.

Por esta razón al momento de argumentar la existencia de este derecho no puede solo recurrirse a este argumento (libre elección de los padres de la educación de sus hijos) subsistiendo así el problema de la obligatoriedad de desarrollo por parte del Estado de una política al respecto.

Recapitulando si bien las tres normas analizadas no se puede afirmar con certeza la existencia de un deber por parte del Estado de implementar una política respecto al derecho a la lengua en la educación, si puede sostenerse una base para su afirmación, por medio del deber de no discriminación y la concepción de la educación como un medio para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana y la tolerancia de la diversidad cultural, pudiendo generar el tratamiento de la educación intercultural, en el entendido de que se trata de un derecho en construcción; que, sumándolo la necesidad de progresividad en la concreción de estos derechos, nos permite construir un derecho a la lengua.

D. Convención sobre los derechos del niño:

En el marco de Naciones Unidas, uno de los organismos de mayor relevancia es Unicef, organización que ha permitido el desarrollo de labores en protección de los niños, niñas y adolescentes desde su creación, el 11 de diciembre de 1946.

De este modo reconoce a los niños como sujetos especiales de derecho que requieren de una especial protección debido a los abusos de los que pueden ser víctima.

El 20 de noviembre de 1989 se adoptó la Convención sobre los derechos del niño, para garantizar sus derechos y conseguir el debido respeto de estos.

Esta convención ha sido especialmente relevante al momento de establecer el reconocimiento de derechos respecto a la identidad cultural de los pueblos indígenas, dada su importancia para el desarrollo de los niños. De este modo indica en su preámbulo:

*“Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las **tradiciones y los valores** culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,”* (destacado agregado)

El artículo 29 de esta Convención se dedica de modo particular, a tratar los objetivos de la educación de los niños, abordando temáticas más amplias que el desarrollo de la

personalidad y el respeto a la diversidad cultural y los objetivos de la Carta de Naciones Unidas (ya analizados en los apartados anteriores). En particular resulta de vital importancia la letra c) de dicho artículo que prescribe:

*“c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su **propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores** nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;”* (resaltado agregado)

Por otro lado, el artículo 30 de la Convención se refiere en específico al derecho de los niños pertenecientes a minorías (dentro de estas la indígena) prescribiendo que no se negara el empleo del propio idioma, así señala:

*“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, **no se negará** a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o **a emplear su propio idioma**”.* (énfasis agregado)

Este derecho no se refiere específicamente a la educación como el artículo anterior, pero preceptúa el respeto por la propia cultura y el propio lenguaje a nivel general, es decir, consagra el derecho de los niños a utilizar su idioma originario en cualquier contexto, ya sea privado o público. Sin embargo, le resta importancia a los deberes de los Estados en cuestión al afirmar dicho derecho en forma negativa “no se negará” que permite la argumentación por parte del sujeto pasivo de la obligación, es decir, el Estado, de no existir propiamente un deber de actuación, sino de no perturbar la utilización de las lenguas indígenas, bajando los estándares de actuación.

No obstante, dada la finalidad de la Convención se puede sostener una idea más robusta de este derecho, en el entendido que es necesario lograr un efectivo goce de los derechos e interpretando de manera integral el instrumento se llega a la conclusión de la existencia de deberes positivos por parte de los estados signatarios de adecuar su legislación a este respecto e institucionalizar el mencionado derecho.

Lo valioso de ambos artículos, analizados de manera conjunta, permiten sostener que existe una normativa que va más allá de permitir la utilización de la lengua originaria, ya que al analizar la Convención en su conjunto se puede observar que existe un fomento al desarrollo de las diversas culturas guiando a generar un entorno de tolerancia.

En particular esta interpretación se debe a que uno de los problemas que afectan en particular a los niños de origen indígena es falta de pertinencia de la mayoría de las políticas y programas que componen la oferta pública dirigida a la infancia⁴⁵, que para ser eliminado necesita la existencia de una política por parte de los Estados, reconociendo, en lo que a la lengua se refiere, los riesgos de desaparición de estas.

E. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada el 13 de septiembre de 2007, mediante la resolución A/61/295, en la 107° sesión plenaria.

Esta Declaración fue un gran avance en materia de protección de los miembros de las comunidades indígenas, sin embargo, como indica el profesor José Zalaquett: “constituye un progreso normativo (...) [no obstante] es dudoso que esta declaración llegue a tener el efecto seminal de otras declaraciones de Naciones Unidas sobre derechos humanos, en el sentido de dar inicio a un proceso de generación normativa que culmine, más tarde, en un instrumento internacional de carácter vinculante”⁴⁶ esto debido a que los Estados son bastante reacios a comprometerse a adoptar un acuerdo vinculante respecto a este tipo de derechos, no obstante, es posible ver un avance dentro de las legislaciones locales y regionales a partir del marco que entrega esta Declaración.

Es importante tener en consideración esta realidad, pues al comparar la relevancia y obligatoriedad de esta Declaración con la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta última es reconocida mundialmente como vinculante para los Estados, pese a tener calidad de declaración de derechos, no ocurre lo mismo con la Declaración de derechos indígenas por lo que su aplicación será más bien limitada.

La Declaración establece una serie de derechos colectivos⁴⁷, pudiendo diferenciarse entre tres diferentes grupos de Derechos⁴⁸: derechos que se refieren a la autodeterminación o

⁴⁵ Página web Unicef Chile: <http://unicef.cl/web/infancia-indigena/#seccion1> [fecha de consulta: 22. 11. 2016]

⁴⁶ ZALAUQUETT DAHER, José (2008). *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Anuario de Derechos Humanos 2008, pp.139 - 140

⁴⁷ En este sentido el artículo 1 dictamina: “Los indígenas tienen derecho, **como pueblos o como individuos**, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.” (énfasis agregado)

⁴⁸ ZALAUQUETT DAHER, Op. cit. p. 140

estatus político de autonomía; derechos sobre la tierra y recursos naturales; y, derechos que se refieren al desarrollo cultural, incluyendo dentro de este el idioma. Como puede observarse son estos últimos derechos los que nos interesa analizar.

En primer lugar, el artículo 12.1 reconoce el derecho de manifestar, practicar, desarrollar y *enseñar* sus tradiciones y costumbres, siendo el idioma o las diversas lenguas en las que se comunican⁴⁹ parte de estas tradiciones o costumbres. Esto es una permisión de enseñanza, que no requiere de la disposición de medios por parte de los diversos Estados para sostener dicha enseñanza.

Sin embargo, el artículo siguiente establece las bases de la protección y fomento de las tradiciones, escrituras, entre otros, incluyendo dentro de su protección a las lenguas. Agrega además un concepto fundamental en el tema en análisis, la *revitalización* de las lenguas, es decir, señala la importancia de su “recuperación” dada su relevancia no solo como parte integrante del patrimonio cultural de cada Estado, sino como parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas.

La importancia de esta norma radica en que es el primer artículo que impone expresamente la existencia de una obligación por parte de los Estados al uso de la lengua indígena ante autoridades. El artículo 13 prescribe:

*“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.**”*
(resaltado agregado)

En esta misma línea siguen los artículos 14, 15 y 16. Los primeros dos se refieren específicamente a la educación de los pueblos indígenas, tanto al acceso sin discriminación y a la posibilidad de establecer y controlar instituciones educacionales, de acuerdo a su propia cultura, es decir, se refiere claramente a la existencia de educación intercultural

⁴⁹ Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

dentro de los Estados, debiendo adecuar sus instituciones de acuerdo a estos objetivos. Estos artículos señalan respectivamente:

“Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a **establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.**
2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. **Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.”** (destacado agregado)

“Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y **diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.**
2. Los Estados **adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”** (énfasis agregado)

Cabe destacar que el artículo 14.3 señala la necesidad de acceso a educación en su propio idioma a los niños de origen indígena que no se encuentran dentro de estas comunidades. Esto tiene relevancia al momento de analizar las normativas de los Estados particularmente Chile, debido a que se utiliza un criterio poblacional para impartir asignaturas en lenguas indígenas, siendo un parámetro que, en la medida de lo posible, debe ir desapareciendo de la legislación.

Finalmente, el artículo 16, si bien no se refiere a la cuestión de la lengua dentro de la educación, si señala un aspecto relevante en lo que al derecho a la lengua en general se refiere, indicando:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer **sus propios medios de información en sus propios idiomas** y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

2. Los **Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena**. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.” (énfasis agregado)

Este artículo reafirma la necesidad de adopción de medidas encaminadas a lograr el respeto de la diversidad cultural indígena en todos los ámbitos (público y privado) pudiendo sostener la existencia de un derecho a la utilización de la lengua incluso frente a autoridades públicas, dentro de la educación y en los medios de comunicación.

Resulta claro lo positivo de esta reglamentación que pese a no ser vinculante puede ser una guía valiosa al momento de tocar temas especialmente sensibles en la sociedad, dada la constante discriminación de que han sido objeto los miembros de las comunidades indígenas.

2. UN CASO ESPECIAL: CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Uno de los hitos más importantes en la protección de los derechos de los pueblos indígenas fue la dictación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países (en adelante Convenio 169 o Convenio OIT), fue adoptado el 27 de junio de 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Este documento fue dictado en el marco de Naciones Unidas, sin embargo, ha sido determinante no solo a nivel ONU, sino también a nivel Interamericano al momento de juzgar el cumplimiento de los deberes por parte de los Estados.⁵⁰

Dentro de las principales consideraciones que llevaron a adopción esta Convención, se indica lo siguiente:

⁵⁰ Como analizara más adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido a este Convenio en numerosas ocasiones para establecer las obligaciones de los Estados.

*“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a **asumir el control de sus propias instituciones** y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;*

*Observando que en muchas partes del mundo **esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población** de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;*

*Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a **la diversidad cultural**, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;”⁵¹ (énfasis agregado)*

De estas consideraciones es posible extraer 3 motivaciones y aspiraciones en la protección de los pueblos indígenas. En primer lugar, se alude a los propios deseos de los integrantes de estos pueblos de desarrollar sus propias instituciones y fortalecer su identidad (incluyendo a las lenguas dentro de esta); en segundo lugar, se reconoce la existencia de una realidad que es la discriminación de la que han sido víctimas los miembros de los pueblos indígenas, entendiendo su calidad de grupo minoritario que requiere de protección específica; por último, se señala la importancia de los pueblos indígenas en la cultura en general, refiriéndose a la diversidad cultural y el aporte que son en el patrimonio cultural de la humanidad⁵².

En cuanto su aplicación, dentro de la política general del Convenio entrega los parámetros para el reconocimiento de un pueblo como tribal o indígena, estos últimos se definen en el artículo 1° letra b) que indica la aplicación sobre:

“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 ella.”

Dentro de la misma norma, el punto 2 prescribe una cuestión fundamental, indicando:

⁵¹ Preámbulo Convenio 169 (27 de junio de 1989)

⁵² Como se observa, son las mismas razones que explican la necesidad de protección de las lenguas nativas.

“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.” (destacado agregado)

De este modo, no se trata de una cuestión meramente territorial, sino que lo más relevante es la conciencia de su identidad, criterio, que como fue señalado en el capítulo I, no es tomado fundamental en la normativa nacional vigente.

En lo que respecta a las obligaciones de los Estados parte de este Convenio, específicamente en el área en estudio, nos interesa resaltar la existencia de obligaciones tendientes a la eliminación de discriminación en el trato que pueden ser sujetos las personas de origen indígena; por otro lado, la existencia de medidas especiales que deberán ser adoptadas por los Estados; y, por último, la necesidad de cooperación entre el Estado y los miembros de las comunidades, generando un dialogo respecto a las medidas que puedan afectarlos reflejado principalmente en la necesidad de *consulta*.

A. Obligaciones generales de los Estados

Las obligaciones generales se encuentran tratadas desde el artículo 2 al 12 del Convenio OIT para luego pasar a analizar de manera diferenciada diversas materias que dicen relación con la temática indígena (tierras, educación, etc.). A continuación se realizará una mención de los principales artículos que competen a la cuestión en estudio.

El artículo 2° del Convenio dictamina las medidas generales que han de tomar los Estados frente a los derechos de los pueblos indígenas, además de indicar la acción coordinada y sistemática de los Estados para la protección de los pueblos y el respeto de estos, especialmente en lo que se refiere a su integridad señala en el su segundo punto letras a) y b):

“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;” (énfasis agregado)

Este artículo resulta fundamental en la cuestión en análisis, debido a que, en primer lugar, trata la necesidad de existencia del goce de derechos en pie de igualdad con la demás población no perteneciente a grupos étnicos, lo que implica el derecho de utilizar su propio idioma en más allá de la esfera privada.

Por otro lado, indica que se debe promover la efectividad de los DESC, respetando la identidad cultural de estos pueblos lo que incluye la lengua originaria de cada pueblo indígena. Esto implica un deber de actuación por parte del Estado en conjunto a estos mismos pueblos en la creación de instituciones educacionales en lengua indígena, lo que es especialmente relevante en la materia que nos convoca.

Otro artículo de relevancia para el estudio es el 4º, que señala la existencia de medidas especiales frente a los pueblos indígenas, indicando:

“Artículo 4

*1. Deberán adoptarse las **medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas** y el medio ambiente de los pueblos interesados.*

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

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.” (énfasis agregado)

Este artículo no hace otra cosa sino reconocer que en el caso de que “los titulares de derechos sean indígenas, se debe determinar el contenido y alcance de los mismos y las obligaciones del Estado, a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad”⁵³, lo que se condice con la necesidad de adopción de medidas especiales.

Dentro de estas medidas especiales para salvaguardar, en particular, la cultura de estos pueblos, puede circunscribirse la protección de las lenguas indígenas.

⁵³ NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza; y BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda (2014) op. cit. p.15

Por último, uno de los artículos de mayor importancia dentro del Convenio 169 es el artículo 6°, ya que esta norma es la que instituye la *consulta* en los casos en que se realicen ya sea medidas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente a estos pueblos. Esta norma hace efectiva la cooperación buscada entre los Estados y los miembros de las comunidades indígenas.

El punto 2 de este artículo destaca la importancia de buscar un efectivo acuerdo, de modo de evitar que la consulta se transforme en un mero trámite administrativo realizado antes de implementar las medidas mencionadas. Por otra parte, deja abiertas las materias que han de consultarse al referirse solo a las medidas *susceptibles de afectarles directamente*, es decir requerirá de interpretación en cada caso en particular, por lo que puede incluirse dentro de estas materias las que deriven de los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas.

B. Obligaciones en materia de educación

La parte VI del Convenio se titula: *Educación y medios de comunicación*, se refiere principalmente a la primera parte de este título (tratando someramente lo que se refiere a los medios de comunicación). Los artículos que se dedican a esta materia abarcan desde el artículo 26 al 31 del cuerpo normativo.

De la lectura de los artículos es posible observar los siguientes objetivos:

1. Igualdad entre pueblos indígenas y el resto de la comunidad; y rechazo a la discriminación (arts. 26 y 31⁵⁴)
2. Cooperación entre autoridades y miembros de las comunidades indígenas. (art. 27.1 y 27.2)
3. Reconocimiento a la creación de instituciones educativas propias (art. 27.3)
4. Enseñanza según la propia cultura (arts. 28.1, 28.3 y 30)
5. Enseñanza de derechos y obligaciones de los pueblos indígenas (art. 30)
6. Adaptación de los miembros de comunidades indígenas a la comunidad nacional, de

⁵⁴ Un aspecto interesante de este último artículo es que no se refiere a la educación hacia los integrantes de los pueblos indígenas, sino al resto de la comunidad que los rodea para evitar la existencia de discriminación, prescribiendo: *“Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.”* (resaltado agregado)

modo de participar en pie de igualdad dentro de ella. (arts. 28.2 y 29)

Particularmente, en lo que al derecho a la lengua se refiere, el artículo 28 del Convenio requiere de un análisis particular, debido a la relevancia que posee en materia de enseñanza en lengua indígena. Esta norma indica:

“Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan.

Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.” (énfasis agregado)

El primer punto del artículo establece un criterio de viabilidad en la impartición de esta enseñanza para la existencia de un deber del Estado, sin definir ni señalar criterios para establecer dicha viabilidad, lo que deberá ser analizado caso a caso.

En segundo lugar, dentro del mismo artículo 28.1 se indica *“a los niños de los pueblos interesados”*, esto reafirma la importancia de la comunicación entre las autoridades del Estado y los integrantes de los pueblos indígenas debido a que serán estos últimos los que decidirán si ha de impartirse o no esta enseñanza, que junto a la viabilidad lleva a la existencia de un deber para el Estado.

Por otro lado, dentro del mismo inciso se indica que en el caso de que no exista esta viabilidad, deberán realizarse consultas para alcanzar posteriormente este objetivo. Esta afirmación implica la existencia de dos obligaciones conexas: la obligación de realizar la consulta, y, en el caso de que esta concluya la necesidad de impartir esta enseñanza, implica que la normativa nacional debe aspirar a desarrollar completamente este derecho. Esto no es otra cosa que afirmar la progresividad en la concreción de este derecho.

Por último, en el 28.3 mandata a los Estados a buscar la conservación de las expresiones lingüísticas, promoviendo el desarrollo y practica de las mismas. Esta norma reitera el presupuesto del interés de los pueblos en estas actuaciones.

Este apartado no tiene ningún otro requisito más que el mencionado interés, por lo cual los Estados deberán adoptar todas las medidas concernientes a dicha conservación y desarrollo.

Todo lo anteriormente analizado permite afirmar la existencia deberes de actuación por parte de los estados en la consecución de la realización plena del derecho a la utilización, conservación y enseñanza de la lengua indígena, pero por sobre todo, da cuenta de la importancia de que se cumplan los intereses de los pueblos indígenas.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Sistema interamericano de derechos humanos se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948 y la adopción de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA).

Este es el sistema de protección de derechos más importante a nivel americano, teniendo la Comisión interamericana de derechos humanos (en adelante CIDH) y, sobre todo, la Corte interamericana de derechos humanos (en adelante Corte IDH o “la Corte”) un papel fundamental en la interpretación y protección de los derechos de los individuos, y en la existencia de deberes de los Estados miembros de la OEA que han aceptado su competencia.

Al igual que en el sistema ONU, en sus inicios el catálogo de derechos reconocidos se inclinó al reconocimiento de derechos individuales, sin embargo, a diferencia del sistema ONU, el sistema interamericano ha avanzado hasta lograr el reconocimiento de los derechos colectivos como tales, sobre todo en los fallos de la Corte IDH.

En materia indígena ha sido muy valiosa, además, la incorporación de los criterios establecidos por el Convenio 169 y de los parámetros entregados por la Declaración ONU sobre derechos indígenas, realizando una interpretación integral de estos derechos.

No obstante lo anterior, podríamos en el futuro observar un tratamiento aún más asentado dada la reciente adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas, que viene a dar claridad en algunos aspectos fundamentales de la temática.

A continuación se realizará un análisis de los principales cuerpos normativos en el sistema interamericano que nos permiten una comprensión del tema en cuestión, tanto en los que se refiere a la protección a la lengua como parte integrante de la identidad cultural indígena, los deberes al respecto en materia educativa y cultural, para terminar con un estudio de los principales fallos de la Corte en el asunto.

A. Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre

La Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre (en adelante Declaración americana) fue adoptada el 2 de mayo de 1948, siendo el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general⁵⁵. Dada esta calidad trata derechos básicos de carácter individual principalmente, por esta razón, dentro del catálogo de derechos reconocidos no se integra la idea del derecho a la lengua (en su calidad de derecho individual y la vez colectivo) como parte de los derechos de las comunidades.

Dentro de la declaración la única referencia sobre el idioma se realiza al momento de referirse a la igualdad ante la ley, en el artículo II de la declaración americana⁵⁶.

En lo que se refiere al derecho a la educación (artículo XII⁵⁷) no se hace alusión alguna a las diferencias idiomáticas, siendo lo más cercano el reconocimiento a un deber de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, lo cual, en el caso de las personas monolingües en una lengua diversa a la oficial implicaría la existencia de instituciones que permitieran su incorporación, pero no se expresa ninguna obligación por parte de los Estados al respecto.

Dentro del artículo, a diferencia de las normas del sistema ONU, tampoco se indica como objeto de la educación el desarrollo de la personalidad humana, por lo cual no es posible utilizar este argumento para la protección a la lengua.

⁵⁵ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/introduccion-documentos-basicos.pdf> [fecha de consulta: 25. 11. 2016]

⁵⁶ Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

⁵⁷ Artículo XII. Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas

Esta declaración no hace mayor alusión a la materia en cuestión, pero si establece el criterio base de toda la normativa al respecto, la igualdad de oportunidades y la no discriminación por motivos idiomáticos.

B. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”, “el Pacto” o “el Pacto de San José”) fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, luego de la realización de varias consultas y conferencias especializadas en derechos humanos.

La convención sentó las bases de los derechos que deben ser respetados por los Estados y los criterios básicos de actuación de estos últimos para permitir el disfrute de los derechos en ella reconocidos, siendo los artículos más importantes el 1.⁵⁸ y 2.⁵⁹ del Pacto.

Dentro de la Convención se establece la implementación de los derechos sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De este modo nuevamente el idioma es tratado a partir del deber de no discriminación de los Estados.

Por otro lado, uno de los aspectos relevantes frente a la cuestión en análisis, surge del artículo 26 del Pacto de San José. Esta norma se refiere a los DESC (en general) estableciendo el criterio básico de desarrollo progresivo de estos, por lo cual los Estados asumen que no pueden excusarse en base a que estos derechos tienen una vertiente más bien prestacional, debiendo satisfacer estos derechos de modo progresivo y sin discriminación. Este artículo indica:

⁵⁸ **Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵⁹ **Artículo 2.** Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

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

Por esta razón, todas las medidas adoptadas en materia de educación deben ir en pos de satisfacer completamente este derecho debiendo ser analizado caso a caso si se han cumplido dichas obligaciones.

Esto se vincula con la materia en análisis debido a que se trata de una cuestión directamente relacionada con la educación que es un DESC.

El reconocimiento del derecho a la lengua en la educación, de acuerdo al desarrollo progresivo, tiene que ser más que la posibilidad de crear instituciones privadas que impartan la enseñanza en idiomas diversos al oficial, sino que se requiere de una institucionalidad pública que permita que personas de origen indígena reciban educación en su propio idioma y de acuerdo a su pertenencia cultural, tanto para salvaguardar las lenguas por su valor como patrimonio nacional, como por su valor como parte integrante de la identidad cultural de los pueblos originarios.

C. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador):

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador” o “el Protocolo”) fue adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrando en vigencia en 1999, con el fin de dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, entendiéndolos como complementarios a los civiles y políticos, tratados en la Convención americana de manera más detallada.

Al igual que la Convención americana señala los deberes de los Estados en la adopción de medidas de orden interno para hacer efectivos estos derechos y el deber de progresividad en su satisfacción (artículo 1°), garantizar mediante disposiciones legislativas los derechos aún no reconocidos en el derecho interno del estado (artículo 2°) y la prohibición de discriminación en el goce y ejercicio de los DESC (artículo 3°), que como ya han sido analizados, me remitiré a lo ya indicado en el apartado anterior.

En lo que respecta al derecho a la educación el Protocolo de San Salvador se diferencia de lo señalado por la Declaración americana incorporando aspectos no tratados en esta.

En primer lugar, el artículo 13.2 señala como objeto el *desarrollo de la personalidad humana* junto al respeto de los derechos humanos, la sociedad democrática y el pluralismo (siguiendo la misma línea marcada por Naciones Unidas), en efecto mandata:

*“Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la **personalidad humana y del sentido de su dignidad** y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, **en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.**”* (énfasis agregado)

Por otro lado, en el artículo 13.4 agrega la libertad de los padres para escoger el tipo de educación que han de recibir sus hijos, siempre que se adecue a los principios señalados

anteriormente. Este precepto establece una cláusula abierta por lo que el idioma se encuentra circunscrito dentro de las posibilidades de esta elección.

Sin embargo, esta norma no impone la obligación de creación de instituciones públicas que permitan esta elección, sino que el Estado tendrá que permitir la existencia de distintas formas de educación en el ámbito privado para poder satisfacer dicho derecho y no impedir esta elección.

A partir del Protocolo es posible sostener la necesidad de la inclusión del derecho a la lengua en la educación, al ser reconocido como objetivo el desarrollo de la personalidad humana y el respeto a las diferencias étnicas, aludiendo así a una educación intercultural, además de otorgar relevancia a la elección de los padres en cuanto al tipo de educación que obtendrán sus hijos. Sin embargo, no permite el establecimiento inequívoco de este derecho, pues este solo resulta de un análisis interpretativo dedicado en esta materia, sentando solo ciertos mínimos.

No obstante, cabe recordar que para perseguir la responsabilidad de un estado por el Protocolo hay que verificar la ratificación de este (entendiendo que el artículo 13 se encuentra dentro de la competencia de la CIDH y la Corte IDH), esto debido a que existen muchos Estados que aún no lo han incorporado a su legislación (incluyendo a Chile, que está suscrito a este desde 2001, pero aún sin aprobación legislativa).

D. Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas

La Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas (en adelante DADPI) fue adoptada el 15 de junio del año 2016, siendo fruto de un trabajo de 17 años en miras de dar efectiva protección a esta minoría, víctima histórica de una serie de violaciones de derechos fundamentales, calificado como un “hito histórico”⁶⁰ en la protección de estos pueblos.

En cuanto a la aplicación de la DADPI el artículo I señala que se aplicará a “*todos los pueblos indígenas de las Américas*” contemplando posteriormente, en el punto 2 a la

⁶⁰ Información obtenida en http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16 [fecha de consulta: 25. 11. 2016]

*autoidentificación*⁶¹ como criterio fundamental del reconocimiento como pueblo indígena, siguiendo así los parámetros ya desarrollados a partir del Convenio 169.

Los artículos III y VI prescriben dos conceptos indispensables para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar, el artículo III señala el derecho a la libre determinación de los pueblos, ya sea en su condición política, desarrollo social, económico y cultural, de este modo se afirma la posibilidad de perseguir los propios intereses, debiendo el Estado respetar las decisiones que han de adoptar.

Lo anterior se vincula directamente con el derecho que a continuación se reconoce en el artículo XXIII. Este último establece la cooperación en la toma de decisiones legislativas o administrativas que han de adoptarse a su respecto y el requerimiento de realizar *consulta* en los casos que han de tratarse temáticas referentes a cuestiones indígenas.

En segundo lugar, el artículo VI indica que los pueblos indígenas cuentan con *derechos colectivos*, sosteniendo:

“Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.” (destacado agregado)

Esta primera aproximación nos permite afirmar el reconocimiento del derecho a la lengua como un derecho colectivo, indispensable para el desarrollo integral de los pueblos indígenas, lo que a su vez implica que todas las medidas que vayan a adoptarse al respecto, incluyendo las que se refieran al ámbito educativo, deberán adoptarse luego de dialogar con los miembros de las comunidades indígenas respetando los intereses que puedan expresar al respecto.

⁶¹ Artículo I.

1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.
2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.

Uno de los aspectos fundamentales desarrollados en la DADPI es el rechazo a la *asimilación* de los pueblos indígenas, esto es un cambio de enfoque del tratamiento anteriormente brindado en la materia, pues, por ejemplo, en la Declaración ONU sobre los pueblos indígenas existen normas que buscan la inserción de las personas pertenecientes a pueblos indígenas en el “resto de la sociedad” olvidándose de salvaguardar las particularidades de estos pueblos.

En el sentido opuesto, esta declaración rechaza toda política que pretenda suprimir estas particularidades y fomenta la conservación y mantenimiento de su identidad cultural (artículo X).

Esto tiene directa relación con la conservación de las lenguas, pues como se observó en el primer capítulo del trabajo, antiguamente las políticas respecto a las lenguas iban guiadas a la castellanización de los indígenas, mientras que actualmente lo que se busca es la revitalización de las lenguas originarias.

a) Identidad cultural:

La sección tercera de la DADPI se titula “Identidad cultural”, tratando del artículo XIII al XIX, dentro de ella considera temáticas varias, desde conservación del patrimonio, la educación indígena, salud, protección al medioambiente, entre otros; atendiendo a los diversos factores que conforman la identidad cultural indígena.

Dentro del artículo XIII se prescribe el derecho de los pueblos indígenas a su propia identidad e integridad, contemplando su patrimonio cultural tangible e intangible, permitiendo la protección y salvaguarda de sus tradiciones y el traspaso a generaciones futuras.

Por otro lado, en el tercer punto del artículo se señala que además tienen derecho a que su cultura sea reconocida por el resto de la sociedad, es decir va más allá de una permisión de existencia, debe generarse un respeto a la cultura indígena por los individuos que no pertenecen a estas minorías, incluyendo al Estado y sus organismos.

En este mismo punto (artículo XIII.3) se enumera a la lengua dentro de los aspectos que conforman la identidad cultural, existiendo desde ya, una base normativa que nos permite afirmar dicha calidad (aceptada en los fallos de la Corte IDH con anterioridad a la existencia de la DADPI)

b) Utilización, preservación y revitalización de las lenguas:

El artículo XIV 1 y 2 se refieren específicamente al derecho de los miembros de las comunidades indígenas de utilizar, preservar y revitalizar sus tradiciones orales, historias, y, en lo que nos convoca, las lenguas, para luego indicar que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para lograr este objetivo con participación de los miembros de las comunidades indígenas.

De este modo podemos afirmar fehacientemente la existencia de una obligación de los Estados en la preservación de las lenguas originarias, siendo una de las formas más efectivas la entrega de educación al respecto.

Esto representa una base importante para las posteriores actuaciones de los Estados, debiendo adecuar sus normativas a los parámetros entregados por la DADPI, de modo de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien estamos hablando de una Declaración de derechos, un análisis junto a las normas del Convenio 169 permite establecer la existencia de un deber al respecto, además de los parámetros sentados por la Corte Interamericana (que serán analizados más adelante).

La primera parte del artículo dispone:

“Artículo XIV. Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación

*1. Los pueblos indígenas tienen el **derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir** a generaciones futuras sus propias historias, **lenguas**, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares.*

2. Los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas. “(destacado agregado)

Para finalizar, trata la utilización de estas lenguas en las comunicaciones administrativas y judiciales, afirmando la necesidad de que cuenten, de ser necesario, con intérpretes, debido que, de otro modo se vulnerarían sus derechos, lo que tiene gran importancia pues implica cambios institucionales en la organización de los distintos órganos del Estado.

c) Educación en lengua indígena:

En lo que se refiere a la educación reafirma la prohibición de discriminación y la necesidad de igualdad de oportunidades entre los miembros de las comunidades indígenas

(especialmente los niños y niñas) y los demás miembros de la comunidad, apelando a la reducción de diferencias entre las personas indígenas y no indígenas.

En lo que se refiere a la utilización de las lenguas originarias el artículo indica en sus puntos 3 y 4 respectivamente:

*“Los pueblos indígenas **tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje”***

*“Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas **indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas.**”*
(resaltado agregado)

El primer punto se refiere a la posibilidad de crear instituciones propias en las que se podrá impartir la enseñanza en el idioma originario; por el contrario, el segundo punto, al referirse a niños que se encuentran fuera de las comunidades indígenas, el acceso a la educación en su propia lengua deberá propiciarlo el Estado, siguiendo los parámetros de comunicación y dialogo entre el Estado y las comunidades indígenas establecidos en la totalidad de la DADPI.

Por último, en su quinto punto, al igual que el artículo 31 del Convenio 169, se mandata la necesidad de educar a la población en general para erradicar las actitudes discriminatorias imperantes en la sociedad, fomentando el respeto y la consideración a la multiculturalidad de la sociedad, indicando:

*“Los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos estatales currícula **con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas.** Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural que refleje las **cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos.**”*
(énfasis incorporado)

Para terminar con este análisis resulta necesario recordar que esta norma es una declaración, lo que implica que en general no es reconocida como vinculante para los Estados parte de la OEA, sin embargo, como señala el profesor Zalaquett respecto a la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas: “es un tipo de

resolución especial, ‘un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible’ ”.⁶²⁶³

Por todo lo anterior esta Declaración viene a ser un insumo sumamente valioso en materia de protección de estos pueblos, históricamente víctimas de violaciones de derechos fundamentales y de discriminaciones estructurales

E. Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH no ha resuelto casos en lo que se involucre directamente el derecho a la lengua, menos aún ha desarrollado el tema respecto a la educación de los pueblos indígenas. Sin embargo, la Corte tiene una profusa jurisprudencia respecto a diversas temáticas de la cuestión indígena, principalmente tratando temas como la ocupación de las tierras inmemoriales de los pueblos indígenas, casos de desaparición forzosa respecto de autoridades indígenas, de hostigamiento a autoridades indígenas, etc. dentro de estos fallos es posible extraer ciertos parámetros respecto a las lenguas indígenas, la necesidad de consulta y deber de no discriminación.

a) Obligación de consulta:

A lo largo del análisis realizado se ha establecido el valor que posee la institución de la consulta dentro de la temática indígena, ya no solo por el valor asignado por el Convenio 169, sino que además se agrega su incorporación dentro de la DADPI; pero aun así quedan salvas las posibles argumentaciones de los Estados que no han ratificado el Convenio OIT, sumada a la situación jurídica de la DADPI, que como tal, no es vinculante para estos.

Por estas razones, y teniendo en cuenta que cualquier política que se adopte en materia indígena requiere de un adecuado dialogo entre el Estado y estas comunidades, incluyendo a las que se refieran a la educación y las lenguas indígenas, resulta imperativo resaltar las

⁶² ZALAQUETT DAHER. Op. cit. p. 141

⁶³ De este mismo modo se ha entendido en el comunicado de prensa de la CIDH, que en su página web oficial indica: “La Declaración es una contribución importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados con miras a proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, y debe leerse en conjunto con otros instrumentos internacionales tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y los tratados especializados del sistema interamericano y universal de derechos humanos.” Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp> [consultado 25. 11. 2016]

consideraciones la Corte IDH respecto de esta institución, para posibles discusiones acerca de este tema que los afecta directamente.

Uno de los fallos de mayor relevancia en el asunto es el dictado en el Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, que, luego de señalar la importancia de esta institución de la consulta y su profusa aceptación, no sólo por los países que han ratificado el Convenio 169, indica que *“la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”*⁶⁴

Respecto a las obligaciones del Estado frente a la consulta el mismo fallo indica:

*“La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. (...)”*⁶⁵

Posteriormente se reconoce que la realización de consulta requiere tener en cuenta con las particularidades culturales de cada pueblo, *“teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la **lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena**”*⁶⁶ (resaltado agregado)

Lo que realiza la Corte es el reconocimiento expreso de la obligación de realizar consultas en los casos en que se traten temáticas que afecten a los pueblos indígenas, debiendo, según lo indicado por el artículo 1.1 de la Convención americana, adecuar su institucionalidad para la realización de aquellas, respetando debidamente la propia cultura sobre todo a lo que se refiere a la lengua indígena.

Se dota así de una jerarquía especial a la consulta, como principio general del Derecho, que como tal jugara un rol determinante en cualquier caso en que se vean involucradas

⁶⁴ Corte IDH. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

⁶⁵ *Ibíd.* párr. 166

⁶⁶ *Ibíd.* párr. 201

afectaciones a los derechos de estos pueblos, más allá de las ratificaciones de tratados específicos en la materia⁶⁷.

b) Deber de no discriminación:

Uno de los cuidados que ha de tenerse al momento de realizar cualquier gestión que diga relación con los pueblos indígenas, ya sea administrativa o legislativa, es el cuidado de no establecer medidas que resulten discriminatorias. Esto deberá analizarse materialmente.

Lo anterior tiene especial relevancia cuando se trata la temática indígena, pues históricamente se trata de pueblos que han sido víctimas de discriminación.

Un ejemplo de los razonamientos de la Corte al respecto, se encuentra en el fallo del caso Norín Catriman vs. Chile, en el que se indica:

*“Tomando en cuenta los criterios de interpretación estipulados en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte considera que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación que se encuentra comprendido dentro de la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1. de la Convención Americana. El Tribunal ha indicado que al interpretarse el contenido de dicha expresión debe ‘elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano’ (...)”*⁶⁸.

*“Varios tratados internacionales prohíben expresamente la discriminación por origen étnico. Asimismo, otros instrumentos internacionales reafirman que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”*⁶⁹.

Dentro del tema en cuestión y dada la normativa analizada, en materia educativa, particularmente en su vertiente lingüística, implica que al momento de impartir la enseñanza deberán tenerse en cuenta las diferencias de los estudiantes provenientes de familias indígenas, de modo de que no existan diferencias materiales en el trato que reciben, es

⁶⁷ En el mismo sentido falla la Corte en el caso Yatama vs. Nicaragua al establecer: *“La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.”* Corte IDH, Caso Yatama vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. párr. 225

⁶⁸ Corte IDH. Caso Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. párr. 202

⁶⁹ *Ibid.* párr. 203

decir, si la mayoría de la población recibe educación en su propio idioma, debe existir una justificación razonable para argumentar por qué en su caso específico esto no se puede realizar.

c) Identidad cultural:

Como fue indicado en la parte introductoria, la identidad cultural es fundamental en la protección de las lenguas indígenas, siendo una de las razones de la protección de estas últimas.

Respecto a la identidad cultural de los pueblos indígenas diversos Fallos de la Corte IDH han permitido generar un parámetro en cuanto a los elementos integrantes de estas, su necesidad de preservación dada la importancia que posee en la vida indígena (lo que conlleva la protección a la propiedad inmemorial de estas comunidades, protección a los idiomas, etc.) y su calidad de derecho fundamental.

i. Elementos de la identidad cultural:

Frente a los elementos que componen la identidad cultural se considera gran variedad de supuestos, desde características socio culturales, lingüísticas, religiosas, territoriales, entre otras, que en forma conjunta crean una identidad cultural particular.

La afectación a cualquiera de estos elementos acarrea un grave daño, que puede acarrear responsabilidad del Estado a nivel de derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido el fallo del caso Norín Catriman vs. Chile indica:

*“La Corte toma en cuenta que la **etnia se refiere** a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales **como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales**. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido **que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres**”⁷⁰ (resaltado incorporado).*

Por su parte, en el caso Chitay Nech vs. Guatemala, caso que trata de la desaparición forzosa de un político indígena y la posterior persecución a los miembros de su familia se indica:

⁷⁰ *Ibíd.* Op. cit. párr. 204

“Adicionalmente, este Tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas (...) [E]sa pérdida [cultural] es incuantificable[, ya que] en muchas familias significó autoprohibirse [...] **no hablar el idioma, no utilizar su traje, no decir de dónde es, no decir quién es papá, quién es mamá, ocultar hasta la identidad y ocultar el apellido, porque hablar del apellido indígena significaba la muerte inmediata**’(...)”⁷¹.

“Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su **comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral**”⁷² (destacado agregado).

ii. Lengua y educación:

Específicamente en lo que se refiere a la educación en lengua indígena, sobre todo de los niños pertenecientes a estas comunidades, la Corte IDH realiza varias consideraciones en el fallo del caso Comunidad indígena Xákmok Kásek, destacando la relevancia que poseen las lenguas en la identidad cultural de los pueblos indígenas, conjugando en su argumentación las exigencias prescritas en la Convención sobre los derechos del niño, indicando:

“Otro rasgo de la integridad cultural de los miembros de la Comunidad son sus lenguas (...)”⁷³
Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer **el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada**”⁷⁴.

“Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que **el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el**

⁷¹ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. párr. 145

⁷² *Ibid.* párr. 146

⁷³ Corte IDH. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. párr. 179

⁷⁴ *Ibid.* párr. 211

derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma⁷⁵ (énfasis agregado).

Esto resalta la relevancia que posee la implementación de un sistema educativo que respete las diferencias culturales que pueden existir entre los miembros de la sociedad, siendo fundamental en el caso de la educación de niños de origen indígena el respeto a su identidad e integridad, debiendo ser considerada en su instrucción, su cultura e idioma.

Esto quiere decir que existe una obligación positiva de los Estados de establecer una institucionalidad educativa cultural y étnicamente diferenciada, pero sin olvidar sus deberes en general de protección frente a posibles discriminaciones dadas estas diferencias étnicas.

También se destaca la interpretación integral de los derechos de los niños, tomando en cuenta no solo la normativa regional, sino toda la normativa que pueda influir en la protección de los derechos en cuestión.

iii. Identidad cultural como derecho fundamental:

Por último, la afirmación de mayor relevancia efectuada por la Corte IDH, respecto a la identidad cultural se encuentra en su reconocimiento como derecho básico y fundamental, realizada en el fallo del caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

Dado este razonamiento, al momento de establecer las violaciones de derechos efectuadas por el Estado de Ecuador no solo se indica la existencia de una violación al derecho de propiedad comunal, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la violación del derecho de consulta, sino que se declara directamente la violación a la identidad cultural de este pueblo.

En definitiva, el fallo indica:

“La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática (...)”⁷⁶ (destacado incorporado).

⁷⁵ *Ibíd.* párr. 261

⁷⁶ Corte IDH. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. párr. 217

Esta afirmación nos entrega una base fundamental al momento de analizar cada uno de los elementos, que componen a la identidad cultural de cada pueblo indígena, es decir la violación de uno de estos elementos puede acarrear en una violación de un derecho fundamental de identidad indígena, y, en el caso de que se cumplan los supuestos necesarios, involucrar la responsabilidad del Estado.

Al tener la calidad de derecho fundamental es posible argumentar su violación de manera independiente, sin recurrir necesariamente a la existencia de una discriminación, que es lo que se realiza por ejemplo en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, pues la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) no considera la existencia de la identidad cultural como un derecho en sí mismo⁷⁷.

Además, en el momento de analizar el comportamiento del Estado frente a cuestiones de índole indígena, deberá tenerse este derecho en consideración, en todas las medidas que habrán de tomarse al respecto. Esto se explica en el mismo caso, cuando la Corte indica:

*“Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la **identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas** protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.”*⁷⁸
(énfasis incorporado)

A mayor abundamiento, todo lo anteriormente reseñado permite establecer la existencia de un deber en la protección de la identidad cultural de los miembros de los pueblos indígenas, y, por lo tanto, de la existencia de una protección al uso de las lenguas originarias, siendo fundamental una educación respetuosa de las diferencias culturales y entre estas, el idioma.

⁷⁷ Ver: CEDH, Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (23 de Julio 1968); Case of Irfan Temel and others v. Turkey (3 de marzo 2009); Case of Oršuš and others v. Croatia (16 de marzo de 2010); Case of Catan and others v. Moldova and Russia (19 de octubre de 2012); Case of Horváth and Kiss v. Hungary, (29 de abril de 2013)

⁷⁸ Corte IDH. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Op. cit. párr. 213

CAPÍTULO III

ORDENAMIENTOS COMPARADOS: BOLIVIA Y MÉXICO

1. ASPECTOS PRELIMINARES

En el derecho comparado, específicamente en Latinoamérica, existe una gran protección a los pueblos indígenas en los diversos ordenamientos jurídicos, especialmente dentro de los textos constitucionales.

Esto permite reconocer la relevancia que se le otorga a la temática indígena a nivel regional, dada la posición fundamental que ocupa dentro de sus ordenamientos jurídicos, que tratan de eliminar la discriminación en contra de estos pueblos, y, además buscan hacer frente a la disminución tanto de la población indígena como de la cultura que esta posee (de modo de que no se pierdan los conocimientos, cosmovisiones, tradiciones, lenguas nativas, etc. que se han desarrollado durante generaciones).

Sin embargo, la legislación nacional no ha seguido la tendencia regional, teniendo un desarrollo constitucional nulo sobre la cuestión indígena, tratando solo la no discriminación, sin mayor desarrollo al respecto.

De este modo Chile, como fue analizado en el primer capítulo de este trabajo, ha establecido una protección a nivel legislativo, sin contar con bases constitucionales que le otorguen la importancia necesaria para hacer frente a las desigualdades, injusticias y discriminaciones de las que son víctimas las personas pertenecientes a alguna etnia.

El desarrollo constitucional a nivel comparado se ha realizado en diferentes temáticas, en general tratando de hacer frente a las obligaciones que han sido prescritas en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo en lo que se refiere al derecho a consulta, la propiedad ancestral y la identidad cultural de los pueblos indígenas, fundamental en lo que se refiere a la protección de las lenguas.

A continuación, se presenta un cuadro (de elaboración propia) que permite constatar la protección en distintas materias, enfocadas en el tema en análisis, brindada en los textos constitucionales de los ordenamientos jurídicos de: Chile, Bolivia, Ecuador, Paraguay, México, Perú, Colombia y Venezuela.

Reconocimiento constitucional	Chile	Bolivia	Colombia	Ecuador	Paraguay	Perú	México	Venezuela
Pluri-etnicidad ⁷⁹ del Estado		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Identidad étnica		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Definición pueblos indígenas		Sí			Sí	Sí	Sí	
Autodeterminación pueblos indígenas		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Personalidad jurídica comunidades indígenas						Sí		
Derecho de Consulta		Sí		Sí			Sí	Sí
Contenidos específicos sobre educación y uso de lenguas								
Educación intercultural		Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Lenguas indígenas como oficiales		Sí	Sí	Sí	*80	Sí		Sí
Uso de lenguas indígenas en medios de comunicación				Sí			Sí	
Lengua como patrimonio cultural					Sí			Sí
Uso de la lengua indígena ante autoridades y/o legislación		Sí		Sí	Sí	Sí	Sí	
Promoción y conservación lenguas indígenas		Sí		Sí	Sí		Sí	Sí
Derechos en educación en lengua indígena o respetando identidad cultural		Sí	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí
Protección ante apropiaciones de expresiones indígenas o posibles vulneraciones a su autodeterminación		Sí		Sí	Sí			

⁷⁹ Pluri-etnicidad será utilizado como sinónimo de expresiones tales como multiculturalidad, pluriculturalidad, plurinacionalidad o multiethnicidad.

⁸⁰ El artículo 140 de la Constitución Paraguaya reconoce al castellano y al guaraní como lenguas oficiales, sin embargo, no realiza este reconocimiento a otras lenguas indígenas.

Como puede apreciarse existe una amplia protección constitucional sobre la temática indígena. Puede constatarse la presencia de tres tópicos comunes en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, México y Venezuela, (es decir, comunes a todos los ordenamientos analizados, con excepción de Chile) estos son:

- Reconocimiento de la multiétnicidad de los Estados: esto implica el reconocer la realidad de la existencia de diversas etnias y culturas dentro un mismo Estado, permitiendo una igual protección para cada una de estas, sin existir, una alienación hacia una cultura en específico.
- Reconocimiento de la identidad étnica o cultural: esto es fundamental en la protección en general de cada una de las diversas expresiones culturales de los pueblos indígenas, permitiendo su desarrollo tanto a nivel individual, como colectivo (como comunidad), siendo la base de la protección del uso de las lenguas indígenas, sobre todo en la educación; además de ser un derecho fundamental desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según lo analizado en el capítulo II de este trabajo.
- Autodeterminación de los pueblos indígenas: este reconocimiento es relevante, debido a que permite la existencia de una institucionalidad propia, respetando su cosmovisión, sus autoridades, etc. entendiendo que no se puede obligar a una comunidad con una cultura específica a adoptar la cultura mayoritaria. Esto se vincula directamente con el reconocimiento de la identidad cultural, de modo que esta última no sea una simple declaración de buenas intenciones y se vincula además en razón de que cualquier gestión que se realice sobre materias que tengan que ver con la identidad cultural de estos pueblos debe tener en consideración la autodeterminación de estos.

Por otro lado, en materia de lengua en la educación, la mayoría de los Estados trata la cuestión a partir del criterio del respeto de la diversidad cultural de cada país, existiendo dos principios fundamentales. Estos principios son: *la interculturalidad* y *el bilingüismo* o incluso en algunos casos el plurilingüismo en la educación, de modo de proteger el valor cultural de las costumbres, usos, lenguas, etc. de las comunidades indígenas. Esta protección se debe a la consideración del derecho a la identidad cultural de los individuos que conforman estas comunidades e incluso las comunidades en sí mismas (como derechos colectivos).

De este modo, estas cinco cuestiones (multiétnicidad del Estado, respeto a la identidad étnica, reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos indígenas, educación

intercultural y, finalmente, bilingüismo o plurilingüismo) son la base de los contenidos mínimos que un Estado respetuoso de los derechos de los pueblos indígenas debe contemplar dentro de sus textos constitucionales.

Pese a lo ya indicado, resulta necesario analizar en profundidad el tratamiento constitucional otorgado por algunos ordenamientos jurídicos comparados en específico, que permiten establecer parámetros a ser utilizados como ejemplo para las reformas constitucionales que se prevén para el futuro cercano de nuestro país.

Este apartado se dedicará al estudio de la protección a las comunidades indígenas enfocada especialmente en materia educativa y lingüística de los ordenamientos jurídicos de Bolivia y México, dada la profusa protección, especialmente en sus textos constitucionales, que estos ordenamientos jurídicos poseen, pero utilizando enfoques diversos.

Ambos Estados, demográficamente hablando, poseen porcentajes mayores de personas que se autoidentifican como indígenas (alrededor de 40% y 20% respectivamente) que los existentes en Chile, que, como fue indicado en la primera parte de este trabajo, corresponde al 4,6% de la población. Sin embargo, los criterios utilizados para fundamentar la protección brindada en estos ordenamientos jurídicos a los pueblos indígenas se basan en cuestiones tales como la discriminación sufrida por los miembros de las comunidades indígenas, la falta de status de su cultura (que implica un abandono de esta por parte de los miembros pertenecientes a alguna etnia) o la pérdida progresiva de elementos culturales de estos pueblos, problemáticas que se encuentran presentes en nuestro país.

2. BOLIVIA:

Bolivia posee una normativa muy abundante en materia de protección a los pueblos indígenas, esto debido a la alta presencia de personas que se autoidentifican como pertenecientes a alguna etnia, así, según el censo realizado el año 2012, aproximadamente el 41% de la población pertenece algún pueblo indígena (este porcentaje representa una disminución respecto a censos anteriores donde se llegaba hasta al 60%).

Sin embargo esta profusa protección es más bien reciente, a partir de la dictación de la nueva Constitución política de Bolivia el año 2009, que sentó las bases de la tutela de los derechos de las comunidades indígenas. Anteriormente solo existían un par de normas en la Constitución que prescribían la existencia de cierta autonomía de las comunidades indígenas, pero no existía ninguna norma específica en materia de educación intercultural.

A. La protección constitucional de los pueblos indígenas:

En un principio la normativa boliviana tendía a invisibilizar la cuestión indígena, ignorando las diferencias culturales existentes dentro de su población, situación que se modificó a partir de la década del 90', cuando se asume por primera vez el criterio de la interculturalidad dentro de la Constitución (específicamente en el texto constitucional de 1994).

Estos cambios se produjeron a raíz de una serie de movimientos sociales que reclamaban una nueva legislación “ante la ausencia de espacio para el pluralismo interno en la agenda del discurso modernista, la extensión de la economía de mercado y la afirmación de la idea de nación como algo común e unificador dentro de un espacio territorial específico, las organizaciones indígenas empiezan a tomar conciencia de su cultura como elemento de lucha política, ‘contestando un desarrollo que no ha beneficiado a los indígenas y una sociedad que los ha discriminado en virtud de su diversidad cultural’ (...) las instancias organizadas indígenas demandan un proyecto contra la asimilación estatal”⁸¹.

Sin embargo, pese a la existencia de esta nueva normativa seguían existiendo desigualdades y diferencias entre los miembros de las comunidades indígenas, las personas de origen mestizo y las personas que no se autoidentifican como pertenecientes a alguna etnia⁸². Por estas razones se dictó un nuevo texto constitucional, esta vez con un tratamiento mucho más acabado y coherente sobre la temática indígena.

Dentro del mensaje entregado por el presidente Evo Morales el año 2009 en la Constitución explicando las razones de la dictación de esta indica:

“Históricamente, Bolivia se ha construido a partir de la exclusión de los pueblos indígenas. Es por eso que en el marco de las transformaciones profundas y democráticas nos hemos propuesto cambiar esta situación injusta. (...)”

“Hoy, con la Nueva Constitución Política del Estado tenemos la oportunidad histórica de cerrarle las puertas al racismo, a la discriminación y a la exclusión empezando a construir un Estado Plurinacional, intercultural y auténticamente democrático que se funde en la pluralidad cultural de nuestra patria”⁸³.

⁸¹ SICHRA, Inge, et al. (2007). *Logros y retos de la Educación Intercultural para Todos en Bolivia*. Programa de Formación en Educación Intercultural Bilingüe para los Países Andinos PROEIB Andes. (Cochabamba, Bolivia).

⁸² Ver: SCHAVALZON, Salvador (2012) *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, Etnografía de una Asamblea Constituyente*. Plural editores. (La Paz, Bolivia)

⁸³ Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia, vigente a partir del 7 de febrero del 2009.

- **Contenidos:**

- a) **Plurinacionalidad:**

Así el artículo 1° de la Constitución boliviana prescribe:

*“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”.* (resaltado agregado)

Uno de los aspectos fundamentales de esta norma radica en la declaración del Estado boliviano como plurinacional. Dicha afirmación informa toda la normativa, tanto constitucional como legislativa. Solo dentro del texto constitucional la palabra “*plurinacional*” es utilizada 130 veces (es más, el texto constitucional se titula Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia), mientras que la palabra “*intercultural*” es mencionada 30 veces, esto permite formar una idea de la importancia de este concepto en el ordenamiento jurídico boliviano.

El objetivo de la nominación del Estado boliviano como plurinacional es generar una convivencia armoniosa de las diferentes culturas y agrupaciones que cuentan con autonomía dentro del mismo, de modo de dar claridad de que el Estado está compuesto por todos y cada una de estas comunidades, siendo una idea de unidad, pero esta vez sin ignorar las diferencias presentes dentro de la composición de la nación.

De este mismo modo continua el artículo, enumerando la pluralidad presente en el país, estableciendo dentro de estas diferencias las culturales y lingüísticas.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, el artículo 3° de la carta fundamental de Bolivia enumera los miembros que conforman al pueblo boliviano, incluyendo dentro de este a:

- Las naciones indígenas originarios campesinos
- Los pueblos indígenas originarios campesinos
- Las comunidades interculturales, y
- Las comunidades afrobolivianas⁸⁴

En cuanto a la definición de pueblo indígena, el artículo 30 (que posteriormente será analizado en mayor profundidad) prescribe, en su numeral I.: “*Es nación y pueblo indígena*

⁸⁴ **Art. 3°, Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia:** La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

*originario campesino toda la colectividad humana que comparta **identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española***” (énfasis agregado)

b) Interculturalidad:

Ya avanzando en la lectura del texto constitucional, dentro del capítulo sexto, sección III del mismo, titulada “*Culturas*” se trata de manera específica la noción de interculturalidad y la protección de esta, especialmente en el caso de la cultura indígena.

El artículo 98 del texto constitucional señala las bases de la protección de la cultura boliviana, prescribiendo, en primer lugar, dentro de su punto I, la existencia de *diversidad cultural* dentro del Estado, indicando que constituye la “*base esencial*” de este. Vuelve así a la idea inicialmente tratada en el artículo 1° del mismo texto: la plurinacionalidad del Estado.

Posteriormente dentro del mismo punto confirma la importancia de la interculturalidad sin contener una definición de interculturalidad. Sin embargo, a pesar de esta falencia, entrega una noción sobre esta que permite entender su tratamiento, prescribiendo: “*La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.*”

Desde ya, esta aproximación al concepto de interculturalidad, permite entender que tiene directa relación con la prohibición de discriminación, y busca la existencia conjunta de diversas culturas. Es un ideal de respeto y coexistencia pacífica entre los diversos actores que componen la nación enunciados en el apartado *i*.

Por otra parte, la misma norma, en sus puntos II y III, señala las obligaciones que tiene el Estado frente a la cultura, especialmente la indígena originaria señalando:

*“II. El Estado **asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena** originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.*

*III. Será responsabilidad fundamental del Estado **preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas** existentes en el país.”* (énfasis agregado)

Esta idea se ve reforzada, posteriormente, en el artículo 100 de la carta fundamental boliviana, por el concepto de identidad del Estado, en el cual se engloban diferentes expresiones de la cultura de las naciones y pueblos indígenas originarios, específicamente.

Esta expresión constituye una nueva idea de protección a las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas⁸⁵, ya que no solo se consideran como parte de la identidad personal o colectiva de los miembros de las comunidades indígenas, sino de la nación como un todo.

Posteriormente este trabajo se referirá nuevamente a la interculturalidad, pero enfocado específicamente en el tema de educación.

B. Identidad cultural:

El primer reconocimiento a la identidad cultural se presenta de una forma general, dentro de la enumeración de los derechos civiles de los bolivianos y bolivianas. Así declara en el primer numeral (lo que permite apreciar la importancia otorgada a este derecho) el derecho a la *autoidentificación cultural*.

Lo que se realiza con este reconocimiento no es otra cosa que afirmar el derecho individual de tener una identidad cultural propia, es decir, desarrolla la primera perspectiva del derecho, como derecho civil.

El derecho a la identidad cultural, además, es tratado desde su perspectiva colectiva, considerándolo dentro de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, enumerados en el artículo 30⁸⁶.

De este modo, los tres primeros numerales de este artículo indican los derechos a:

“1. A existir libremente.

2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.

3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.”

Estrictamente hablando el N° 1 de este artículo se refiere al derecho a existir como comunidad, por lo cual no habla solo de la identidad cultural, pero tiene directa relación con esta última, en su enfoque colectivo (claramente para respetar el derecho a la identidad cultural de una colectividad es necesario aceptar la existencia de esta colectividad).

⁸⁵ **El artículo 100. I.** Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado.

⁸⁶ Esto no significa que la protección de la identidad cultural se encuentre limitada a este precepto legal, pues esta se encuentra presente en todo el desarrollo de la temática indígena, debido que el respeto de su particular cultura implica el respeto de la propia identidad cultural. Estos conceptos deben ser entendidos de manera conjunta.

Por su parte, el N° 3 de esta misma norma se refiere al derecho de que sea reconocida en los documentos oficiales del Estado la pertenencia a cierta identidad cultural en particular, no tiene que ver en sí con la existencia del derecho a esta identidad, debido a que puede concebirse su existencia sin necesariamente existir esta posibilidad, pero sirve como una reafirmación del reconocimiento de aquella, radicando en este hecho su importancia.

Para finalizar la parte general de este apartado, la Constitución señala en particular, el respeto a la identidad étnica, específicamente de los niños, niñas y adolescentes, como titulares especiales de derechos, que, por su condición especial de vulnerabilidad, requieren de una concesión particular de derechos (artículo 58 del texto constitucional⁸⁷), señalando la importancia de la satisfacción de sus intereses y aspiraciones.

- **Contenidos identidad cultural:**

- a) **Uso de lenguas⁸⁸:**

El uso de lenguas es parte de la identidad cultural o étnica, tanto de las colectividades como de los individuos en particular.

Una de las bases del reconocimiento de las lenguas se encuentra en la declaración de oficialidad de estas, lo que permite utilizarlas en instancias oficiales del Estado.

En el caso específico del ordenamiento constitucional boliviano dicho reconocimiento es realizado en el artículo 5° del texto constitucional, establece la oficialidad del idioma castellano reconoce tal calidad a otras 36 lenguas idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁸⁹ (declaración hecha en la primera parte del artículo y no difiere de otros ordenamientos jurídicos que reconocen los idiomas de los pueblos originarios).

Sin embargo, el valor de esta norma radica en su segunda parte, que permite que esta oficialidad no sea simplemente una declaración. Esta prescribe:

⁸⁷ **Artículo 58:** Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

⁸⁸ En este apartado no se analizará el uso de lenguas dentro de la materia educativa, debido a que este tratamiento será revisado en el siguiente apartado, refiriéndose solo a las nociones básicas de la utilización del idioma indígena.

⁸⁹ **Artículo 5 I.** :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, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

“II. El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano.” (destacado agregado)

Esta norma genera dos obligaciones para los organismos que conforman al Estado boliviano: primero, la necesidad de contar con información sobre la población de los gobiernos departamentales que permita establecer la conveniencia sobre la elección del segundo idioma que será utilizado en el gobierno departamental específico, realizando para esto todas las gestiones correspondientes, incluyendo la efectuar consultas al respecto; y, segundo, la necesidad de que las personas que forman parte del Gobierno plurinacional y de los gobiernos departamentales cuenten con conocimientos o competencias lingüísticas en el segundo idioma de su gobierno departamental.

b) Educación intercultural, intracultural y plurilingüe:

Como ha sido analizado hasta este punto, el ordenamiento jurídico boliviano busca conciliar las diferencias étnicas presentes dentro de su Estado, de modo de establecer una unidad respetuosa de la diversidad cultural. En materia de educación se sigue esta misma concepción inicial.

El artículo 17⁹⁰ del texto constitucional señala la existencia del derecho a la educación, de aplicación general, indicando el presupuesto básico de la educación como intercultural y libre de discriminación.

El tratamiento particular en materia indígena de la educación, el artículo 30 (norma anteriormente mencionada, que se dedica a establecer los derechos de los pueblos y naciones indígenas) N° 12 de la Constitución, reafirma la existencia de la interculturalidad dentro de esta, pero suma dos conceptos nuevos a este derecho: *la intraculturalidad y el plurilingüismo*. Dicha afirmación se repite en el artículo 78. II. del texto constitucional, dentro de la Sección dedicada a la Educación, indicando:

“II. La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.”

⁹⁰ **Artículo 17.** Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación.

Al realizar esta afirmación queda claro que no existe un límite geográfico para la aplicación de esta norma, esto es relevante sobre todo en lo que se refiere al plurilingüismo, sin necesidad de existir un determinado porcentaje de presencia indígena su existencia (a diferencia de lo que ocurre en Chile).

En este punto es necesario, para el debido entendimiento de los conceptos de interculturalidad e intraculturalidad, hacer una somera referencia a la Ley de Educación boliviana⁹¹, que define dichos conceptos. El artículo 6° de dicho cuerpo legal prescribe:

“Intraculturalidad: *La intraculturalidad promueve la **recuperación, fortalecimiento, desarrollo y cohesión al interior de las culturas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos**, comunidades interculturales y afrobolivianas para la consolidación del Estado Plurinacional, basado en la equidad, solidaridad, complementariedad, reciprocidad y justicia. En el currículo del Sistema Educativo Plurinacional se incorporan los saberes y conocimientos de las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas.*

Interculturalidad: *El desarrollo de la **interrelación e interacción de conocimientos, saberes, ciencia y tecnología propios de cada cultura con otras culturas, que fortalece la identidad propia y la interacción en igualdad de condiciones entre todas las culturas bolivianas con las del resto del mundo**. Se promueven prácticas de interacción entre diferentes pueblos y culturas desarrollando actitudes de valoración, convivencia y diálogo entre distintas visiones del mundo para proyectar y universalizar la sabiduría propia.”*
(Resaltado incorporado)

Especialmente interesa resaltar el concepto de intraculturalidad, completamente desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, este se refiere, según lo indicado por la precedente norma, al fortalecimiento interno de la cultura indígena, es decir es un trabajo introspectivo que busca que los conocimientos ancestrales, las costumbres, medicinas, lenguas, etc. para que no se pierdan con el transcurso del tiempo.

Por otro lado, la noción de interculturalidad se relaciona con la idea de convivencia pacífica e interacción entre las diversas culturas presentes en el país, reafirmando la idea de la plurinacionalidad, pero ahondando en las relaciones que existen entre estas diversas culturas.

⁹¹ Bolivia: Ley de la Educación "Avelino Siñani - Elizardo Pérez" (20 de diciembre de 2010)

Para terminar, el artículo 80. II. Del texto constitucional en análisis señala la importancia de la educación como un aporte a la unidad del Estado boliviano como plurinacional, contribuyendo así a generar vínculos entre las diversas culturas, siguiendo los parámetros anteriormente reseñados. Esta norma indica:

“La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado”.

Como fue indicado en los conceptos base que rigen en materia de educación, en Bolivia se fomenta una educación plurilingüe, esto es desarrollado de manera más completa en la Ley de educación boliviana, encontrándose este requerimiento a lo largo de toda la ley, para cada una de las etapas educativas, incluyendo la educación superior.

Desde otra perspectiva, la Ley General de derechos y políticas lingüísticas⁹² se reconoce como derecho lingüístico colectivo el de recibir educación en su lengua materna y en la segunda lengua de la respectiva pertenencia cultural, es decir, al menos se contemplan dos lenguas en la educación, sin incluir el castellano.

Volviendo al tratamiento constitucional, la importancia del uso de las lenguas nativas, se señala como objetivo de la educación superior la existencia de estudios sobre el uso de las lenguas de los pueblos y naciones indígenas campesinos originarios; además, se mandata expresamente la obligación de establecer programas que permitan la conservación y fomenten el uso de estas, estableciendo en el artículo 95. II:

“II. Las universidades deberán implementar programas para la recuperación, preservación, desarrollo, aprendizaje y divulgación de las diferentes lenguas.”

Por último, para hacer efectiva la impartición de la enseñanza en un contexto plurilingüe, la formación de los maestros incluye un currículo que contempla también una enseñanza plurilingüe, siendo responsabilidad del Estado, según el artículo 96 del texto constitucional, la formación y capacitación docente.

c) Descolonización y participación de los pueblos indígenas:

Volviendo a lo señalado por el artículo 78 de la Carta fundamental boliviana, esta vez en lo indicado en la primera parte de esta norma, se señala la existencia de una educación:

⁹² Bolivia, Ley N° 269, Ley General de derechos y políticas lingüísticas (2 de agosto de 2012)

“unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad”.

De lo anterior, interesa resaltar las ideas de participación, comunidad y descolonización. Estas nociones, en lo que se refiere a la temática indígena, resultan fundamentales. Las primeras dos, nos permiten entender la posterior normativa que reconoce la actuación de las comunidades indígenas dentro de la materia educativa, sobre todo en lo que se refiere al desarrollo cultural de la comunidad educativa, en el entendido de que son estas comunidades son las más interesadas en la difusión de su propia cultura y quienes entienden de mejor manera la enseñanza de esta.

Siguiendo la idea de participación de la comunidad en materia educativa el artículo 83 de la Constitución indica: *“Se reconoce y garantiza la participación social, la participación comunitaria y de los padres de familia en el sistema educativo, mediante organismos representativos en todos los niveles del Estado y en las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Su composición y atribuciones estarán establecidas en la ley”.*

Por otra parte, la idea de descolonización, leída en armonía con las nociones de interculturalidad e intraculturalidad, permite comprender la referencia al respeto y exaltación de las culturas originarias bolivianas.

Para finalizar es necesario recalcar que la mayor parte de la normativa sobre la educación en lengua indígena se trata dentro de las leyes anteriormente mencionadas (de educación y de derechos y políticas lingüísticas) por lo que no se analizará de forma específica este tratamiento. Sin embargo, del estudio realizado de las normas constitucionales es posible sostener el derecho a una educación plurilingüe, reconocimiento de valor fundamental para el respeto de las particularidades lingüísticas de cada comunidad indígena.

3. MÉXICO:

México, al igual que Bolivia, posee una población de origen indígena mucho mayor que la de nuestro país (sin alcanzar el gran porcentaje del Estado boliviano). Según el Consejo Nacional de Población (CONAPO) de México, el 21,5% de la población total del país se autoidentifica como perteneciente a alguna comunidad indígena. Sin embargo, en el mismo estudio, realizado el año 2015, se llega a la conclusión que solo el 6,5% de la población

habla alguna lengua indígena⁹³. Esta realidad ha informado toda la normativa en materia de educación, pero aún más, las normas sobre el uso de las lenguas indígenas.

Si bien el texto constitucional mexicano establece variados criterios de protección indígena, como puede apreciarse en el cuadro comparativo presentado al inicio del trabajo, esta protección difiere de la ya analizada protección constitucional boliviana.

La Constitución mexicana actualmente vigente fue promulgada el año 1917, sin embargo, ha sufrido de incontables reformas, siendo la última publicada el 15 de agosto de 2016. Como se observa, a diferencia del texto constitucional boliviano, que posee una Constitución relativamente nueva, México no ha sufrido los procesos sociales y de cambio necesarios que exijan la dictación de un nuevo texto constitucional, pese a las numerosas reformas que ha tenido su Constitución.

Por otro lado, la protección brindada por el texto constitucional mexicano se concentra en una norma de gran extensión, dedicándose casi enteramente a la cuestión indígena en el artículo 2° de la carta fundamental. México tiene mayor tutela de los derechos indígenas en textos legislativos que dentro de la Constitución, pero, las normas constitucionales establecen los cimientos de dichos textos legales.

A. Protección constitucional de los pueblos indígenas

En primer lugar, dentro del artículo 2°, en su primer inciso, se señala la composición pluricultural de la Nación mexicana, prescribiendo también la unidad e indivisibilidad de esta y declara su sustento a partir de las comunidades indígenas.

Estas primeras afirmaciones permiten establecer la importancia que se otorga a la existencia de los pueblos indígenas. Al igual que lo que ocurre en Bolivia, se destaca la existencia de una unidad nacional, que respeta la existencia de diversas culturas dentro de la misma, especialmente a lo que se refiere a la cultura indígena, entendiendo que la nación como tal, nace originalmente de la existencia de estas comunidades.

⁹³ Información disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/121653/Infografia_INDI_FINAL_08082016.pdf [fecha de consulta: 25. 12. 2016]

También esta afirmación de unidad del Estado se relaciona con el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas, entendiendo que, pese al reconocimiento de la autonomía de estos, la Nación es una sola⁹⁴.

Dentro del mismo inciso del artículo 2º, se define el concepto de pueblos indígenas, indicando: “*son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*”

Un aspecto que es necesario tomar en cuenta es que dentro de dicha definición no se hace mención alguna a criterios territoriales, más allá de nombrar el requisito de encontrarse en el territorio actual de la Nación.

Esto se reafirma a continuación, en el inciso 2º de la misma norma, señala que el criterio fundamental para considerar a un individuo, como perteneciente a algún pueblo indígena es la *conciencia de su identidad cultural*, es decir, lo que prima es la autoidentificación como tal, más allá de la ocupación de algún territorio específico, siguiendo así los criterios sentados por el Convenio 169, ya analizado en el Capítulo II.

Sin embargo, el territorio es utilizado como criterio de protección en el caso de las comunidades indígenas, es decir, para la protección de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas como colectividad. El territorio es relevante, sobre todo en lo que se refiere a los derechos de autodeterminación de estos, que no podrían ejercerse sin tener en consideración un espacio físico para su ejercicio (de hecho, existen derechos que no pueden ejercerse sin la existencia de un territorio específico, como la utilización de recursos naturales, la protección a la propiedad ancestral, etc.)

Además de la territorialidad, para la consideración de las comunidades como parte de un pueblo indígena se necesita una unidad social, económica y cultural, el reconocimiento de autoridades propias y la existencia de usos y costumbres comunes.

⁹⁴ MÉXICO, Honorable Cámara de Diputados, LXI Legislatura (2010) *Legislación y Derechos Indígenas en México*. Colección de desarrollo rural. Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria. (México) p. 52

Una parte de esta unidad, sin duda, es la existencia de la unidad lingüística de estas comunidades; la existencia de un idioma común permite la expresión particular, siendo un aspecto de la unidad cultural de los pueblos indígenas.

B. Autodeterminación de los pueblos indígenas y derecho a la lengua

En el ordenamiento constitucional mexicano, en lo que se refiere a la autodeterminación, el inciso 5° del artículo 2° del texto constitucional establece un catálogo muy amplio de derechos, que tienen como base la libre determinación de los pueblos indígenas. Así este derecho tiene un desarrollo principalmente constitucional a diferencia de otras materias dentro de la temática indígena que son desarrolladas a nivel legislativo. Este inciso indica:

“El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.”

En primer lugar, este inciso recalca la base de la unidad nacional, es decir el reconocimiento de que, a pesar de existir una autonomía de las comunidades indígenas, la Nación mexicana sigue siendo unitaria.

Por otra parte, dentro de la misma disposición se establece la obligación de que, en base de la normativa entregada a partir del texto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos este reconocimiento se realizará también en las constituciones y leyes federativas, indicando además el respeto a criterios etnolingüísticos.

Este reconocimiento a la libre determinación y de autonomía tiene como criterio fundamental el respeto a las particularidades culturales de estos pueblos, y, a las propias autoridades. En razón de la protección de estas particularidades y de modo de hacer efectiva esta autodeterminación, la norma señala una serie de derechos que han de respetarse. Dentro de estos derechos, el punto I de la letra A de la norma en análisis otorga las bases sobre la autonomía, reconociendo:

“A. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.”

Puede afirmarse que cada uno de los posteriores derechos reconocidos podrían obviarse dada esta declaración, sin embargo, la enunciación de los demás derechos es necesaria para no dejar dudas acerca la existencia de estos.

Un derecho especialmente relevante en el tema en análisis y la razón por la cual nos referimos a este derecho, es la autonomía reconocida a los pueblos indígenas en la preservación de las propias lenguas y cultura, indicando en el punto IV de la letra A de artículo 2° de la Constitución mexicana, que prescribe:

“Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.”

Este tratamiento difiere de lo ya analizado en el ordenamiento boliviano, pues no se trata de un deber de la Nación, dada la riqueza cultural del país, que implique la protección de este patrimonio, sino que se deja esta labor a las propias comunidades indígenas como las que más capacidades poseen en esta protección.

Sin embargo, esta falencia es superada a nivel legal, específicamente en el artículo 5° de la Ley general de derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, que declara la existencia de un deber de promover y preservar las lenguas indígenas nacionales, norma que no analizaremos en mayor profundidad dado que este trabajo se dedica específicamente al análisis del tratamiento constitucional otorgado al derecho a la lengua en la educación.⁹⁵

En conclusión, este tratamiento busca conciliar, por un lado, la autodeterminación de los pueblos indígenas en lo que dice relación con el uso de las lenguas propias, dejando a su cargo la protección y uso de estas; y, por otra parte, la protección que se le brinda a nivel país a estas lenguas, existiendo un deber de promoción y preservación de estas a nivel nacional.

⁹⁵ Ley general de derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, México. **Art. 5:** El Estado a través de sus tres órdenes de gobierno, -Federación, Entidades Federativas y municipios-, en los ámbitos de sus respectivas competencias, reconocerá, protegerá y promoverá la preservación, desarrollo y uso de las lenguas indígenas nacionales.

Esta conciliación es fundamental pues de otro modo no existiría una coherencia entre las normas en materia indígena del ordenamiento jurídico mexicano, entendiendo que en este ordenamiento uno de los aspectos básicos de los derechos de los pueblos indígenas es el reconocimiento de la autonomía y libre determinación de estos.

C. Eliminación de discriminación y educación

Continuando con el análisis del artículo 2° del texto constitucional mexicano, la letra B de este se dedica a tratar la eliminación de todas formas de discriminación que pueden afectar a los pueblos indígenas y sus miembros, encargando la labor a las tres entidades u órdenes que conforman el gobierno mexicano, es decir, a la Federación, las entidades federativas y los Municipios.

Estas entidades se dedicarán a promover la igualdad y desarrollo de los pueblos indígenas mediante la creación de instituciones que se encarguen de estas labores, entregando a continuación una enumeración de las obligaciones que tendrán en especial estas instituciones.

El requerimiento de la creación de estas instituciones a nivel constitucional es muy valioso, pues la existencia de una institucionalidad permite la aplicación efectiva de las normas de protección a las comunidades indígenas, siendo una de las maneras más efectivas de hacer realidad las declaraciones de derechos contenidas en la Constitución.

Dentro de las obligaciones de estas instituciones para *“abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas”*⁹⁶, se incluyen algunas dedicadas en particular a la educación que contienen los parámetros que rigen la educación de los pueblos indígenas. El apartado II de esta letra indica:

“II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la **educación bilingüe e intercultural**, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. **Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas** en todos los niveles. **Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas.**

⁹⁶ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 2 letra B

Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.”
(resaltado agregado)

Este numeral incluye varias afirmaciones relevantes. En primer lugar, prescribe la necesidad de la existencia de una educación bilingüe que se explica a partir de la presencia de personas en la nación mexicana, que son monolingües en lenguas indígenas. Esta necesidad de bilingüismo en la educación permite que estas personas monolingües puedan ingresar al sistema educativo.

En segundo lugar, señala la interculturalidad del sistema educativo que busca “promover relaciones positivas entre distintos grupos culturales, de confrontar la discriminación, el racismo y la exclusión”⁹⁷, y, para lograr la existencia de esta interculturalidad, esta norma requiere de la participación de las comunidades indígenas mediante consultas, de modo de que exista un efectivo reconocimiento de las particularidades culturales de cada uno de los pueblos originarios, siendo así coherente con las demás normas sobre la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.

Por último, este numeral incluye la existencia de becas para los miembros de las comunidades indígenas, que viene a hacer frente a una realidad, dado que, según la información entregada por la CONAPO⁹⁸ existen grandes niveles de analfabetismo dentro de las comunidades indígenas.

A diferencia de la normativa existente en nuestro país el ordenamiento jurídico mexicano busca el respeto de las opiniones y preferencias de los mismos pueblos indígenas en lo que dice relación con la educación que ha de impartirse a los miembros de sus comunidades, sin tener como objetivo la asimilación de estos pueblos a la cultura general.

Si bien la Constitución mexicana, otorga un tratamiento más acotado que el brindado por la Constitución boliviana, su valor radica en que es mucho más pragmática y se dirige a hacer

⁹⁷ WALSH, Catherine (2009) *Interculturalidad crítica y educación intercultural*, Seminario “Interculturalidad y Educación Intercultural”. Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 9-11 de marzo de 2009. Disponible en:

https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjL6vG_hjFRAhXFG5AKHVArA3cQFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uchile.cl%2Fdocumentos%2Finterculturalidad-critica-y-educacion-intercultural_110597_0_2405.pdf&usg=AFQjCNGwT1Zpu9QPt-sybrlgsHCMDsjQw&sig2=W77xIXsLKvwSSFrKT7GORA&bvm=bv.142059868,d.Y2I [fecha de consulta 28. 12. 2016]

⁹⁸ Información disponible en: Información disponible en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/121653/Infografia_INDI_FINAL_08082016.pdf [fecha de consulta: 28. 12. 2016]

frente a las realidades presentes en la nación, otorgándole un valor especial a su normativa, destacando, por sobre todo, la existencia de una obligación de crear instituciones para llevar a efecto los derechos constitucionalmente reconocidos a os pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este trabajo, la respuesta a la pregunta inicialmente planteada es que en Chile no existe un derecho fundamental a la lengua en educación efectivamente reconocido y asegurado. Pese a existir normas que tratan esta materia, la mayoría corresponde a facultades, incluso recomendaciones y no obligaciones, y las que se refieren a obligaciones son mínimas.

La legislación vigente posee varias falencias. Los términos en que ha sido desarrollada la cuestión de la lengua indígena en la legislación no ha sido clara, ni protectora de su preservación y ello se refleja en el carácter facultativo de las obligaciones y en la ausencia de claridad sobre algunas cuestiones fundamentales (como qué se entiende por Pueblos Indígenas) que inciden en la relativa eficacia de la norma

La importancia del criterio territorial, en la definición de pueblos indígenas, influye directamente en la no protección de las lenguas indígenas. Eso porque porcentualmente las personas que se autoidentifican como indígenas están asentadas principalmente en zonas urbanas y con gran dispersión, por lo que la mayoría de las veces no serán consideradas en la protección de sus derechos. Este sería un fallo de la ley, que desconoce la forma en que viven actualmente las personas indígenas en Chile.

Otro de los aspectos fundamentales de las falencias normativas, se encuentra en el olvido de la existencia de estos pueblos dentro del texto constitucional, lo que implica que ninguno de sus derechos posee la categoría de fundamental, más allá de la prohibición de discriminación.

Es necesario un cambio de enfoque, que considere a las lenguas a partir de su desaparición paulatina, enfocándose en su protección y revitalización, teniendo en consideración que las lenguas forman parte de la identidad cultural de los individuos. También, es necesaria una normativa que se enfoque en la interculturalidad existente en nuestro país, de modo que ese respeto sea efectivo y no solo nominal o folclórico, es decir, una legislación que entienda la existencia de diversas culturas dentro de nuestro país, las fomente, pero comprendiendo que cada una de estas es parte del Estado como una unidad.

Además, es necesario un cambio de paradigma en cuanto a la idea de castellanización e inserción en la sociedad que impera en la normativa indígena. Esto quiere decir que la normativa debe orientarse a la interculturalidad y no a la asimilación de los miembros de las comunidades indígenas.

En cuanto a los aspectos positivos de la legislación chilena quiero destacar la existencia de participación de las comunidades indígenas en las cuestiones que tienen que ver con la implementación de los planes de estudio sobre cultura y lenguas indígenas, especialmente lo establecido en el PEIB y las bases sentadas por el Decreto 280 del Ministerio de Educación. Ambas normas han permitido que en la práctica existan actualmente establecimientos educacionales que cuenten con cursos sobre lenguas y cultura indígena.

Especialmente considero que la afirmación realizada por el Decreto 280 (*Chile es un país multicultural y plurilingüe*) para tener la fuerza requerida debe ser adoptada a nivel constitucional, dada la jerarquía primordial que posee. Esto permitiría resaltar que Chile es un país que posee diversas culturas y lenguas, pero respeta dichas diferencias constituyendo una unidad.

Sin embargo, dichos avances no serán efectivos en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas si no se cuenta con normativa a futuro, debiendo, en el corto plazo, dictar normas que continúen con el desarrollo hasta ahora logrado, avanzando desde la enseñanza básica, hacia la enseñanza media y superior.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es posible identificar dentro de los instrumentos internacionales vinculantes, normas expresas sobre protección de la educación en la propia lengua, sin embargo, se desarrollan otros criterios básicos, como la no discriminación, la educación para el desarrollo de la personalidad humana.

Los criterios más relevantes se desarrollan en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera la identidad cultural como un derecho fundamental. Además de incorporar dentro de este reconocimiento, al derecho a la lengua como parte de dicha identidad.

Se requiere del reconocimiento constitucional como derecho fundamental de la identidad cultural, como parte del desarrollo de la personalidad de los individuos. Esta cuestión puede servir no solo en la protección de los pueblos indígenas, sino, incluso en materia de protección de los derechos de inmigrantes.

A partir del estudio de los ordenamientos de Bolivia y México, se puede identificar las bases de la protección a los pueblos indígenas y su cultura. Estas bases son, en primer lugar, el reconocimiento de la existencia de diversas culturas dentro de Chile. En segundo lugar, el reconocimiento de la autodeterminación de estos pueblos, sobre todo en lo que se refiere a la protección de las lenguas nativas. Todo ello implica que la legislación deberá conciliar las

aspiraciones buscadas por el Estado y las pretensiones de los propios miembros de estos pueblos, en el entendido que es una materia de interés para estas comunidades.

De los ordenamientos jurídicos de México y Bolivia interesa destacar el valor que se le otorga al uso de la lengua nativa como parte de la identidad cultural, no solo de las personas de origen indígena, sino como parte de la identidad del país. Por otra parte, la institucionalidad que ambos ordenamientos poseen para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En específico de México se deben destacar dos aspectos. Por una parte, la obligación, constitucional, de la creación de instituciones que se encarguen del respeto y promoción de los pueblos indígenas, en segundo lugar, destacan aquellas normas que se dedican, a garantizar la eliminación efectiva de la discriminación de que pueden ser víctimas los miembros de estos pueblos (no una simple enunciación de un deber general de no discriminación).

Del ordenamiento jurídico boliviano interesa destacar la oficialidad de las lenguas indígenas que, más allá de ser nominal, implica la existencia de deberes de actuación por parte del Estado asegura su respeto en el ámbito público y privado.

No pretendemos, como fue mencionado, que todos los cambios necesarios en esta materia se encuentren insertos en normas constitucionales. Se trata de cambios sustanciales elementales, que permitan sentar las bases de la protección del derecho a recibir educación en lengua indígena, son más necesarios los cambios a nivel legislativo y no sólo constitucional. En lo referente a educación, si bien este trabajo no considera la necesidad de un reconocimiento detallado dentro del texto constitucional, si es necesario que constitucionalmente se proteja la identidad cultural dentro de la educación, y en consecuencia se establezca la protección de las lenguas.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA CARIMAN, Geraldine (2005): *Rupturas y continuidades en la recreación de la cultura mapuche en Santiago de Chile*. Editorial Plural editores, (La paz Bolivia).

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta. (Madrid, España).

BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel (1995). *El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías*. Revista de Instituciones Europeas N° 22. pp. 939 – 957.

BIGOT, Margot (2008): *Apuntes de lingüística antropológica*. Centro Interdisciplinario de Ciencias Etnolingüísticas y Antropológico-Sociales, Universidad de Rosario, (Argentina).

BUSTOS PEÑA, Carla et. al. (2014) *Educación Parvularia en Escuelas con Enfoque Intercultural*. Ministerio de Educación. División de Educación General Unidad de Educación Parvularia Programa de Educación Intercultural Bilingüe. (Chile).

CAPOTORTI, Francesco (1979). *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*. Naciones Unidas (Nueva York, E.E.U.U.).

CAPOTORTI, Francesco (1991). *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*. Naciones Unidas (Nueva York, E.E.U.U.).

CAZOR ALISTE, Kamel (2000). *Democracia y Constitución en Chile*. Rev. derecho (vol.11 p.27-34, Valdivia) Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100003&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 6. 5. 2017].

CEA EGAÑA, José Luis (1999). *El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile (Valdivia).

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Ediciones Trilce. (Montevideo Uruguay).

DÍAZ BARRADO, Cástor (1999) *La protección de las minorías en el seno del Consejo de Europa. El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988X, Cáceres, vol. 17, páginas 125-170.

DIETZ, Gunther (2012) *Multiculturalismo, interculturalidad y diversidad en educación. Una aproximación antropológica* / Fondo Cultura Económica. (México).

DURÁN PÉREZ, Teresa; CATRIQUIR C., Desiderio; HERNÁNDEZ SALLÉS, Arturo (2007) *Patrimonio cultural mapuche: acercamientos metodológicos e interdisciplinarios, derechos lingüísticos, culturales y sociales*. Universidad Católica de Temuco. (Temuco, Chile).

DURSTON, John et al (2013). *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales*. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (Santiago).

Foro de Defensoría Pública Bilingüe Boca del Río, Veracruz, México (2006). *Memoria del foro defensoría pública bilingüe 1a. ed.* Procuraduría General de la República, Programa de Cooperación para el Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, Programa de Cooperación México-Unión Europea, 2006. (México).

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014). *El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, Año 12, N° 1, 2014, pp. 329-364. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

LAGOS, Cristián (2015). *El Programa de Educación Intercultural Bilingüe y sus resultados: ¿perpetuando la discriminación?* Pensamiento Educativo. Revista de Investigación Educativa Latinoamericana 2015, 52(1), [fecha de consulta: 11. 8. 2016] pp. 84-94. Disponible en: <http://pensamientoeducativo.uc.cl/files/journals/2/articles/676/public/676-2138-1-PB.pdf>.

LARGO, Eliana; Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Instrumentos internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección*. Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH. (Santiago, Chile).

LONCÓN ANTILEO, Elisa (2002). *El Mapudungun y derechos lingüísticos del pueblo Mapuche*. S.n. (México).

LONCÓN ANTILEO, Elisa (2010). *Derechos educativos y lingüísticos de los pueblos indígenas de Chile*, Revista Isees n° 7, julio 2010, pp. 79-94.

LÓPEZ, Luis Enrique; KÜPER, Wolfgang (1999) *La educación intercultural bilingüe en América Latina: balance y perspectivas*. OEI Ediciones, Revista Iberoamericana de

Educación N° 20 [fecha de consulta: 11. 8. 2016] Disponible en : <http://rieoei.org/rie20a02.htm>.

LÓPEZ, Luis Enrique (2009) *Interculturalidad, Educación y ciudadanía*. Edición FUNPROEIB Andes. (La Paz, Bolivia).

MATO, Daniel. *No hay saber "universal", la colaboración intercultural es imprescindible*. Alteridades [online]. 2008, vol.18, n.35 [fecha de consulta: 27. 12. 2016], pp.101-116. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01880172008000100008&lng=es&nr=iso..

MATUS MADRID, Christian; LONCON ANTILEO, Elisa (2012). *Descripción y análisis de planes y programas propios PEIB-CONADI*. Serie de Educación e Interculturalidad N°2, Unicef, Octubre 2012.

MAY, Stephen (2010) *Derechos lingüísticos como derechos humanos*. Revista Antropología Social 2010, pp. 131-159.

MÉXICO, Honorable Cámara de Diputados, LXI Legislatura (2010) *Legislación y Derechos Indígenas en México*. Colección de desarrollo rural. Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria. (México).

MILIAN I MASSANA, Antoni. *Derechos lingüísticos y Derecho fundamental a la educación: un estudio comparado: Italia, Bélgica, Suiza, Canadá y España*. Editorial Civitas, 1994. (Madrid, España).

Naciones Unidas, Asamblea General (15 de julio 2009): Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/12/34 .

Naciones Unidas, Asamblea General (8 de Abril de 2016): Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos sobre su misión a Chile. A/HRC/32/31/Add.1.

NASH ROJAS, Claudio; NÚÑEZ DONALD, Constanza; y BUSTAMANTE SOLDEVILLA, Minda (2014). *Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Centro de Derechos humanos. Sn.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008) *El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos*. Revista *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.2 [fecha de consulta: 11. 8. 2016] pp. 209-269. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200007.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2010). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales: doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Librotecnia, (Santiago, Chile).

NOWAK, Manfred (2003) *Introduction to the International Human Rights Regime*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library. Martinus Nijhoff Publishers. (Leiden/ Boston).

NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio (2003) *Constitución y multilingüismo: introducción y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Revista chilena de derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Vol. 30, no. 2 (mayo/ago. 2003), p. 331-343. (Santiago, Chile).

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José (2003) *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas*. XI Jornadas Lascasianas, Instituto De Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, Núm. 59, Universidad Autónoma de México (México).

PIZZORUSSO, Alessandro (2005). *Justicia, constitución y pluralismo*. Editorial Palestra, Universidad Católica del Perú. (Lima, Perú).

RIEDEMANN FUENTES, Andrea (2008) *La Educación Intercultural Bilingüe en Chile: ¿Ampliación de oportunidades para alumnos indígenas?*, Indiana, núm. 25, 2008, pp. 169-193, Ibero-Amerikanisches Institut (Alemania).

SAURA ESTAPÀ, Jaime (2011) *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, Revista de Derecho, Universidad de Barcelona, N°2 año 2011. (Barcelona, España).

SCHAVELZON, Salvador (2012) *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia, Etnografía de una Asamblea Constituyente*, Plural editores. (La Paz, Bolivia).

STAVENHAGEN, Rodolfo (2005) *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 3, octubre 1995, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc2f815> [fecha de consulta: 27. 12. 2016].

VIERA ÁLVAREZ, Christian (2011). *Análisis crítico de la génesis de la constitución vigente*. Revista de Derechos Fundamentales, ISSN-e 0719-1669, N°. 5 pp. 151-171.

WALSH, Catherine (2009) *Interculturalidad crítica y educación intercultural*, Seminario “Interculturalidad y Educación Intercultural”, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 9-11 de marzo de 2009. Disponible en: https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjL6vG_hJfRAhXFG5AKHVvaRA3cQFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.uchile.cl%2Fdocumentos%2Finterculturalidad-critica-y-educacion-intercultural_110597_0_2405.pdf&usq=AFQjCNGwT1Zpu9QPt-sybrlqsHCMDsJjQw&sig2=W77xIXsLKvwSSFrKT7G0RA&bvm=bv.142059868.d.Y2I [fecha de consulta: 28. 12. 2016].

ZALAUQUETT DAHER, José (2008). *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Anuario de Derechos Humanos 2008, pp. 139-148.

ZÚÑIGA ALVAREZ, Luis. (2000) *Lengua y minorías*. Editorial Nueva Sociedad No. 16, 2000, pp. 160-166 (Caracas, Venezuela).

Legislación:

a. **Chile:**

- Decreto Supremo N° 280 Ministerio de Educación. Diario Oficial (20 de septiembre de 2009).
- Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Diario Oficial (28 de septiembre de 1993).
- Ley N° 20.370, Establece La Ley General de Educación. Diario Oficial (17 de octubre de 2009).
- Proyecto Boletín 9363-04: Proyecto Sobre derechos lingüísticos de los pueblos indígenas de Chile. (Ingresado 20 de mayo de 2014).
- Proyecto Boletín 9424-17: Proyecto Ley General de derechos lingüísticos de los pueblos originarios de Chile. (Ingresado 01 de Julio de 2014).

b. **Colombia:**

- Constitución Política de Colombia (1991).
- Ley 1185, Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura y se dictan otras disposiciones (2008).

- Ley 1381 de, "Reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes" (2010).

c. **Bolivia:**

- Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia (7 de febrero de 2009).
- Ley de la Educación "Avelino Siñani - Elizardo Pérez" (20 de diciembre de 2010).
- Ley N° 269, Ley General De Derechos Y Políticas Lingüísticas (2 de agosto de 2012).

d. **Paraguay:**

- Constitución Nacional de la República del Paraguay. (1992).
- Ley 4251, Ley de Lenguas. (23 de diciembre de 2010).

e. **México:**

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación (5 de febrero de 1917).
- Ley general de educación. Diario Oficial de la Federación (13 de julio de 1993).
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. Diario de la Federación (13 de marzo 2003).

Instrumentos Internacionales:

- a. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).
- b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).
- c. Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).
- d. Protocolo adicional San Salvador (17 de noviembre de 1988).
- e. Convenio 169 OIT (27 de junio de 1989).
- f. Declaración Universal de derechos lingüísticos (6-9 de junio de 1996).
- g. Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. UNESCO. (París, 17 de octubre de 2003).
- h. Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. UNESCO (París, 20 de octubre de 2005).

Jurisprudencia:

• Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- a. Caso Yatama vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (23 de junio de 2005).

- b. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de mayo de 2010).
- c. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012).
- d. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de agosto de 2010).
- e. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012).
- f. Caso Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo de 2014).
- Corte Europea de Derechos Humanos:
- g. Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium, Corte Europea de Derechos Humanos (23 de Julio 1968).
- h. Case of Irfan Temel and others v. Turkey, Corte Europea de Derechos Humanos (3 de Marzo 2009).
- i. Case of Oršuš and others v. Croatia, Corte Europea de Derechos Humanos (16 de Marzo de 2010).
- j. Case of Catan and others v. Moldova and Russia, Corte Europea de Derechos Humanos (19 de Cotubre de 2012).
- k. Case of Horváth and kiss v. Hungary, Corte Europea de Derechos Humanos (29 de Abril de 2013).