

# ESTADO Y PUEBLO MAPUCHE

*Una mirada desde el Derecho  
y las políticas públicas*



FRANCISCO  
BEDECARRATZ S.  
[DIRECTOR]



UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE CHILE

MÁS UNIVERSIDAD



RiL editores





## ESTADO Y PUEBLO MAPUCHE



FRANCISCO JAVIER BEDECARRATZ SCHOLZ  
[DIRECTOR]

# ESTADO Y PUEBLO MAPUCHE

*Una mirada desde el Derecho  
y las políticas públicas*



MÁS UNIVERSIDAD



RiL editores

980.43 Bedecarratz Scholz, Francisco J.

B Estado y pueblo mapuche: Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas / Director: Francisco Javier Bedecarratz Scholz. – Santiago : RIL editores • Universidad Autónoma de Chile, 2020.

416 p. ; 21 cm.

ISBN: 978-956-01-0774-9

1 MAPUCHES-CHILE-RELACIONES GUBERNAMENTALES. 2 MAPUCHES-POLÍTICA GUBERNAMENTAL. 4. CHILE-RELACIONES ÉTNICAS.



*La publicación de esta obra fue sometida a referato externo, evaluada y revisada por un comité editorial de pares ciegos, evaluadores especialistas en la materia provenientes de diversas universidades chilenas y extranjeras.*

ESTADO Y PUEBLO MAPUCHE:  
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
Primera edición: marzo de 2020

© Francisco Javier Bedecarratz Scholz, 2020  
Registro de Propiedad Intelectual  
N° 2020-A-2555

© RIL® editores, 2020

SEDE SANTIAGO:  
Los Leones 2258  
CP 7511055 Providencia  
Santiago de Chile  
☎ (56) 22 22 38 100  
ril@rileditores.com • www.rileditores.com

SEDE VALPARAÍSO:  
Cochrane 639, of. 92  
CP 2361801 Valparaíso  
☎ (56) 32 274 6203  
valparaiso@rileditores.com

SEDE ESPAÑA:  
europa@rileditores.com • Barcelona

© Centro de Comunicación de las Ciencias, 2020  
Universidad Autónoma de Chile  
<https://ciencias.uautonoma.cl> | [ciencias@uautonoma.cl](mailto:ciencias@uautonoma.cl)  
ISBN Universidad Autónoma 978-956-8454-67-8

Composición e impresión: RIL® editores  
Diseño de portada: Matías González Pereira

Impreso en Chile • *Printed in Chile*

ISBN 978-956-01-0774-9

Derechos reservados.

# ÍNDICE

## PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

<i>Francisco Javier Bedecarratz Scholz</i> .....	19
--	----

## PRÓLOGO: EXPOSICIÓN DE APERTURA

<i>Sebastián Donoso Rodríguez</i> .....	23
1. Realidades que nos interpelan hoy .....	24
2. ¿Dónde estamos hoy?.....	26
3. Algunas claves para construir una mirada .....	29
4. Los grandes temas .....	31

## CAPÍTULO PRIMERO: DERECHOS FUNDAMENTALES

### EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO MECANISMO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

<i>Regina Ingrid Díaz Tolosa</i> .....	35
1. Introducción.....	36
2. Principios del derecho internacional general que fundan la necesidad de una especial protección de los pueblos originarios .....	39
2.1 El derecho a la libre determinación de los pueblos .....	39
2.2 El principio de igualdad y no discriminación.....	45
3. La discriminación positiva a favor de los pueblos originarios.....	50



3.1 La preservación de la identidad cultural	
de las minorías étnicas .....	50
3.2 El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios:	
¿medida de discriminación positiva justificada? .....	53
4. Conclusiones .....	56
Bibliografía citada .....	57

PANORÁMICA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA Y DESAFÍOS EMERGENTES PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CHILE

<i>Juan Jorge Faundes Peñafiel</i> .....	61
1. Introducción.....	62
2. Las políticas públicas en materia de pueblos indígenas en Chile, frente al derecho fundamental a la identidad cultural.....	64
3. El derecho fundamental a la identidad cultural en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	69
4. Derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho fundamental a la identidad cultural.....	71
5. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, como derecho fundamental emergente a partir de la jurisprudencia evolutiva interamericana .....	76
6. Desafíos de adecuación normativa que arroja la recepción y reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural para la agenda pública en Chile .....	93
7. Conclusiones .....	104
Bibliografía citada .....	106

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ÁMBITO DE APLICACIÓN. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

<i>Jhenny Rivas Alberti</i> .....	113
1. Antecedentes .....	115
1.1 El Convenio 169 de la OIT .....	116
1.2 La tramitación para su aprobación en Chile.....	117
2. Bloque de constitucionalidad.....	119
3. Derecho a consulta previa .....	124
3.1 El consentimiento previo libre e informado.....	125

3.2 El principio de buena fe .....	127
3.3 La participación activa y efectiva de los pueblos interesados .....	131
3.4 La consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales	131
3.5 La consulta debe ser flexible.....	132
3.6 La consulta debe ser previa .....	132
4. El derecho a la consulta como derecho de participación.....	134
5. Materias propias de la consulta previa .....	135
6. Tierra, territorio y consulta previa a los pueblos indígenas .....	136
7. Conclusiones .....	138
Bibliografía citada .....	139

#### LA PECULIAR INGENIERÍA DEL PROCESO DE CONSULTA

EN EL CONVENIO NO. 169: DIÁLOGO Y PERSUASIÓN

<i>Antonio Muñoz Aunión • Glorimar Alejandra León Silva</i> .....	143
1. Introducción.....	145
2. La obligación de consulta según el Convenio 169 de la OIT.....	146
3. Las fallas de ingeniería en la consulta .....	147
4. El lenguaje ambiguo de la OIT y sus implicaciones respecto de la consulta .....	148
5. Dificultades en la aplicación de los principios relativos a la consulta.....	151
6. Conclusiones .....	154
Bibliografía citada .....	157

### CAPÍTULO SEGUNDO: FORMAS DE ESTADO

#### TRADICIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA Y RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA CONSTITUCIÓN

<i>Marcela Inés Peredo Rojas</i> .....	163
1. Introducción.....	164
2. Tradición constitucional y reconocimiento histórico de pueblos indígenas en la Constitución chilena.....	165

3. Contenido de una Constitución y reconocimiento de los pueblos indígenas en la Carta Fundamental chilena .....	173
4. Conclusiones .....	177
Bibliografía citada .....	178

APORTES A LA TEORÍA DEL ESTADO: LA DOCTRINA DEL TERRITORIO-SUJETO DESDE LA COSMOVISIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA Y ECUADOR Y DE LA PERSPECTIVA MEDIOAMBIENTAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

<i>Juan Pablo Díaz Fuenzalida</i> .....	181
1. Introducción.....	183
2. El territorio como objeto del Estado.....	184
3. El territorio como elemento del Estado .....	186
4. El territorio como límite de competencia estatal.....	187
5. El territorio como sujeto .....	189
5.1 Visión del derecho internacional .....	189
5.2 Territorio con la cosmovisión de los pueblos originarios, los derechos de la Pachamama o Naturaleza .....	190
5.3 Territorio desde la perspectiva medioambiental, acción pública de reparación del medio ambiente.....	196
6. Conclusiones .....	199
Bibliografía citada .....	200

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

<i>Hanz Hoffhein Escalona • Jaime González Orellana</i> .....	205
1. Introducción.....	206
2. Un reconocimiento indígena en los derechos fundamentales .....	212
3. El reconocimiento indígena y su vinculación con el artículo 5 de la Constitución Política de Chile, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	217
3.1 Reconocimientos jurídicos .....	219
3.2 El origen étnico es una categoría protegida .....	221

3.3 El derecho de propiedad de los pueblos indígenas guarda directa relación con la dignidad humana.....	223
3.4 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo .....	225
4. Conclusiones .....	227
Bibliografía citada .....	229

ESTADO Y PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE: DESAFÍOS EMERGENTES  
PARA UN DERECHO PLURALISTA

<i>Fátima El Fakih Rodríguez</i> .....	233
1. Introducción .....	235
2. Competencias propias del pluralismo jurídico .....	236
3. Hacia una realidad política .....	245
4. De la dialéctica social hacia el derecho .....	249
5. Conclusiones .....	251
Bibliografía citada .....	254

DESCENTRALIZACIÓN ASIMÉTRICA Y TERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO.  
UNA MIRADA HACIA EL CASO FRANCÉS

<i>Benoît Delooz Brochet</i> .....	259
1. Introducción.....	260
2. Los entes territoriales franceses de ultramar .....	262
2.1 Los departamentos y regiones de ultramar (DROM - art. 73 CPR) .....	262
2.2 Las Colectividades de Ultramar (COM - art. 74 CPR).....	266
3. Nueva Caledonia.....	271
Las leyes del país de Nueva Caledonia .....	272
4. Conclusión.....	273
Bibliografía citada .....	274

## CAPÍTULO TERCERO: ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA

EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS MECANISMOS EXTRAORDINARIOS DE DEFENSA DE LA DEMOCRACIA. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LA INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS	
<i>Alexander Espinoza Rausseo</i> .....	279
1. Introducción.....	280
1.1 <i>Die wehrhafte Demokratie</i> .....	282
1.2 La democracia militante.....	283
1.3 La democracia protegida en Chile.....	285
1.4 Los efectos recíprocos de los derechos fundamentales.....	286
2. La defensa de la democracia en la Ley Fundamental de Bonn.....	287
2.1 El abuso del derecho.....	287
2.2 La prohibición de partidos políticos.....	289
2.3 El deber de fidelidad de los funcionarios públicos.....	290
2.4 Los estados de excepción.....	292
2.5 El delito de coacción a órganos constitucionales.....	296
3. La defensa de la democracia en la Constitución Política de Chile.....	298
3.1 Las inhabilitaciones en caso de terrorismo.....	298
3.2 La inconstitucionalidad de partidos políticos.....	301
4. Los estados de excepción.....	302
4.1 El derecho internacional de los derechos humanos.....	302
4.2 El control judicial de estados de excepción en Colombia.....	305
4.3 Los estados de excepción en Chile.....	306
5. Consideraciones finales.....	310
Abreviaturas.....	312
Bibliografía citada.....	313

EL DERECHO PENAL CHILENO COMO RESPUESTA INADECUADA  
AL CONFLICTO CULTURAL EN LA ARAUCANÍA

<i>Roberto Navarro Dolmestch</i> .....	321
1. Introducción.....	322
2. El contexto: el conflicto mapuche.....	323
3. Déficit de legitimidad democrática de una respuesta penal .....	329
3.1 Ausencia de instrumentos desfundamentadores de la pena .....	332
3.2 Protección de intereses hegemónicos .....	334
3.3 Ausencia de protección a bienes jurídicos «minoritarios»... ..	334
4. Conclusiones .....	335
Bibliografía citada .....	336

CAPÍTULO CUARTO: FOMENTO ECONÓMICO,  
SOCIAL Y CULTURAL

ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY LAFKENCHE 20.249:  
ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA REGULACIÓN IMPEDITIVA

<i>Juan Carlos Cisternas Friz</i> .....	341
1. Introducción.....	342
2. Fuentes legales históricas.....	345
2.1 Ley Indígena 19.253 .....	345
2.2 Convenio 169 de la OIT.....	346
2.3 Ley General de Pesca y Acuicultura 18.892.....	347
3. Política Nacional del Uso del Borde Costero (PNUBC).....	348
4. Regulación legal de la actividad productiva de los pueblos originarios en la zona costera. ¿Conflicto normativo interno? ..	354
5. La destinación del uso del borde costero. Presencia de algunos problemas en el procedimiento .....	358
5.1 Los diversos actos administrativos de la Ley 20.249 .....	358
5.2 Multiplicidad de competencias.....	364
5.3 Solicitudes incompatibles .....	366
5.4 Oportunidad del plan de administración.....	369
5.5 La extensión del ECMPO .....	370
5.6 Resolución de conflictos.....	371

6. Conclusiones.....	373
Bibliografía citada.....	375

CULTURA INDÍGENA Y PROPIEDAD INTELECTUAL, FRICCIONES  
 CON EL USO COMERCIAL DE SUS MANIFESTACIONES CULTURALES.  
 ALTERNATIVAS JURÍDICAS Y TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

<i>Hellen Pacheco Cornejo</i> .....	381
1. Introducción.....	383
2. Las fricciones en el uso no autorizado de manifestaciones culturales .....	387
3. Las alternativas de protección a los conocimientos tradicionales indígenas.....	389
3.1 Extender los derechos de propiedad intelectual.....	389
3.2 Fortalecer el derecho consuetudinario indígena.....	391
3.3 Documentar los conocimientos tradicionales .....	391
3.4 Crear sistemas <i>sui generis</i> de protección.....	392
4. La opción chilena de protección a los conocimientos tradicionales indígenas.....	393
5. Protección de conocimientos tradicionales por vía tecnológica.....	395
6. Conclusiones.....	397
Bibliografía citada.....	398

LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL EN LA LEY NO. 19.253

<i>Marcia Molina Pezoa</i> .....	401
1. Introducción.....	402
2. La posesión notoria del estado civil de hijo en el Código Civil y en la Ley No. 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.....	404
2.1 La posesión notoria del estado civil en el Código Civil.....	404
2.2 La posesión notoria del estado civil de hijo en la Ley No. 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y de- sarrollo de los indígenas.....	405
3. Diferencias de la posesión notoria de la calidad de hijo en el Código Civil y en la Ley No. 19.253.....	405

3.1 Elementos que constituyen la posesión notoria del estado civil .....	405
3.2 Requisitos de prueba de la posesión notoria del estado civil .....	406
3.3 Efectos de la posesión notoria del estado civil .....	407
3.4 Naturaleza jurídica de la posesión notoria del estado civil .....	407
4. Un caso sobre la posesión notoria del estado civil del artículo 4° de la Ley No. 19.253 .....	409
5. Conclusiones .....	411
Bibliografía citada .....	412





## PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR

LOS DÍAS 23 Y 24 DE AGOSTO DE 2018 se celebraron las Terceras Jornadas Nacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, como continuación de una serie de encuentros académicos realizados en el pasado acerca de temas jurídicos de interés nacional. Fue antecedida por la Primera Jornada Nacional de la Facultad, celebrada el año 2016 en Santiago, titulada «Grandes jueces de Chile». Al año siguiente se llevaron a cabo, en Talca, las Segundas Jornadas, que versaron sobre el tema «Nuevos desafíos del Estado de Derecho». El año 2018, las Terceras Jornadas de la Facultad se efectuaron en la sede Temuco, teniendo por objeto el tema «Estado y pueblo Mapuche».

Uno de los grandes ejes de discusión pública de las últimas décadas ha sido la relación existente entre el Estado chileno y el pueblo Mapuche, particularmente los diversos problemas jurídicos, sociales y culturales que la afectan. Estos tienen una profunda raigambre histórica, cuyos antecedentes se remontan hasta la conquista española del siglo XVI y perduran hasta hoy. Con todo, la discusión ha asumido en la actualidad un rol preponderante en el debate público, que exige ser abordada de manera seria y objetiva, con el fin de poder avanzar en soluciones concretas en la materia.

En concordancia con lo anterior, nuestra Facultad ha decidido abordar las diversas dimensiones de esa relación desde una perspectiva jurídica, incentivando el debate académico en la comunidad universitaria, para así poder identificar problemas específicos y ahondar en propuestas de solución adecuadas. En consecuencia, las Terceras Jornadas Nacionales reunieron a profesores de Derecho de las sedes de Santiago, Talca y Temuco de nuestra Universidad, junto a profesores pertenecientes a otras universidades de la Región de la Araucanía, para estudiar de manera cabal la relación entre el

Estado y el pueblo Mapuche y los desafíos que ella implica desde los diversos ámbitos del Derecho (constitucional, internacional de los Derechos Humanos, penal, Ley Indígena, etcétera) y de las políticas públicas (política social, fomento cultural, etcétera).

Como quedará de manifiesto a lo largo de la obra, en torno a esta relación existen visiones divergentes que proponen soluciones jurídicas distintas a los desafíos que la afectan. Los autores de los aportes aquí contenidos han elegido, libremente y desde su especialidad jurídica, los problemas a analizar, habiendo planteado con total independencia sus propuestas en torno a los problemas identificados. En concordancia con lo anterior, el contenido y las opiniones vertidas en los artículos son exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de este director ni la posición de la Universidad Autónoma de Chile.

Esta obra confirma la vocación y compromiso de nuestra Facultad con la reflexión y difusión de los grandes temas asociados a nuestra sociedad y su interacción con la comunidad nacional e internacional, ofreciendo una instancia de exposición, análisis y debate en un marco participativo y académico.

## SOBRE LA OBRA COLECTIVA

La presente obra comprende un prólogo y 14 artículos académicos acerca de la relación existente entre el Estado y el pueblo Mapuche. Sin perjuicio que estos trabajos versan sobre diversos problemas específicos, pueden ser agrupados en cuatro grandes materias que se corresponden con los capítulos del libro:

- Capítulo primero: derechos fundamentales
- Capítulo segundo: formas de Estado
- Capítulo tercero: orden y seguridad pública
- Capítulo cuarto: fomento económico, social y cultural

Todos los trabajos de investigación fueron sometidos a un doble control académico. En primer lugar, fueron previamente

seleccionados para su exposición en el marco de las Jornadas por parte de un Comité Organizador, conformado por profesores pertenecientes a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. En segundo lugar y previo a su inclusión en la presente obra colectiva, fueron evaluados mediante un referato externo en modalidad «doble ciego», por parte de tres profesores con grado de doctor en Derecho pertenecientes a otras instituciones académicas.

Esta obra fue editada y publicada gracias al apoyo financiero e ideal de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrados de la Universidad Autónoma de Chile, a quienes se agradece su iniciativa y contribución. Asimismo, corresponde en estas líneas agradecer a RIL editores, por su interés y confianza en publicar este libro. Finalmente, sinceras gracias a profesores, doctorandos, ayudantes y estudiantes que presentaron sus artículos en las Jornadas y luego los adaptaron para ser publicados en esta obra. Gracias al esfuerzo de todos, esta obra ha podido finalmente ver la luz.

*Dr. iur. Francisco Javier Bedecarratz Scholz*  
Director



# PRÓLOGO



## EXPOSICIÓN DE APERTURA

Jueves 23 de agosto de 2018

*Sebastián Donoso Rodríguez\**

«Buenos días a todos y todas. *Mari mari pu peñi, mari mari pu lamgen. Mari mari kom puche.*

Quisiera partir por agradecer a la Universidad Autónoma de Chile y, en particular, al decano de la Facultad de Derecho Sr. Sebastián Bozzo, por la invitación a exponer en estas Terceras Jornadas Nacionales de esa facultad. Desde ya aclaro que haré mi presentación a título personal, por lo que no pretendo representar al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) con esta intervención.

La invitación es a conversar sobre «Estado y pueblo Mapuche: una mirada desde el derecho y las políticas públicas». Sin embargo, en la mirada que les voy a proponer, trataré de incluir a todos los actores que son relevantes en una política pública integral, incluyendo a los privados y a la sociedad civil. Asimismo, trataré de abordar la pregunta apuntando a un equilibrio entre la consideración de la situación de la zona centro-sur y de La Araucanía en particular, y la consideración de la situación del pueblo Mapuche en el país, más allá de fronteras internas. En esta conversación trataré, además, de exponer no solo mi visión como académico y abogado que ejerce la profesión en este ámbito, sino también mi experiencia de vida en este tema, pues me ha tocado abordarlo desde distintas veredas. Trataré de hablar, entonces, desde la cabeza y el corazón.

Con esos alcances, quisiera abordar el tema propuesto desde cuatro ángulos:

1. las realidades que nos interpelan hoy;
2. hacernos la pregunta ¿dónde estamos hoy en este tema?;

---

\* Profesor de Legislación Indígena de la Universidad Católica de Chile y consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos.



3. compartir algunas claves para construir una mirada; y
4. revisar los que, me parece, son los grandes temas a abordar.

## I. REALIDADES QUE NOS INTERPELAN HOY

Son varias las realidades que nos interpelan hoy. El Censo 2017 nos dice que los pueblos indígenas constituyen casi un 13% de la población de Chile. Si bien este dato es consistente con el que nos venía mostrando la Encuesta Casen hace varias ediciones, no podemos olvidar que el último censo ‘válido’ –2002– establecía que solo un 4,6% de la población se reconocía como perteneciente a alguno de los pueblos indígenas. El pueblo Mapuche, según el último censo, constituye casi un 10% de la población nacional y casi un 80% del total de la población indígena. Me parece que es un dato de la mayor relevancia a la hora de enfrentar el tema que nos convoca.

Una segunda realidad que nos interpela es lo que me atrevo a llamar la ‘porfía del diálogo’. La llamo así porque, pese a las numerosas instancias de diálogo que han sido convocadas por gobiernos de todos los signos políticos desde 1990 en adelante, la necesidad de más y mejor diálogo sigue apareciendo como un tema recurrente. Para muestra, un ejemplo: a fines del gobierno pasado, la presidenta Bachelet convocó a una comisión asesora para La Araucanía, presidida por el obispo Héctor Vargas. Aunque no exenta de críticas, como todos estos procesos, la comisión hizo un trabajo riguroso e impecable con una integración amplia y apertura a todas las visiones, concluyendo con un informe que hoy es un referente importante para el diseño de política pública en términos de la relación entre el pueblo Mapuche y el Estado. Por su parte, el actual gobierno, bajo el liderazgo del ministro Moreno, ha empujado un esfuerzo de diálogo que, me atrevo a decir, no tiene precedentes en términos de la intensidad de energía y presencia en el territorio. Me parece entonces que una pregunta válida es ¿por qué una y otra vez, pese a todas las instancias y esfuerzos, el diálogo sigue apareciendo como una necesidad urgente, crucial?

Una tercera realidad asoma desde el derecho o, para ser más preciso, desde la construcción misma del derecho. Desde los noventa hasta ahora se han presentado decenas de iniciativas legales relacionadas con los pueblos indígenas. Hoy tenemos varias iniciativas de ley –también de reforma constitucional– que apuntan a un rediseño estructural del marco institucional para la relación entre los pueblos indígenas y el Estado:

- (i) Por un lado, está el reconocimiento a nivel constitucional de los pueblos indígenas, una promesa que han hecho todos los gobiernos desde 2005 en adelante. Creo interpretar a muchos de los presentes si digo que ya no hay más espacio para seguir haciendo la misma promesa sin, de una vez por todas, ponernos de acuerdo en qué lenguaje le damos a ese reconocimiento y cómo lo transformamos en un proyecto aprobado dentro de un plazo razonable.
- (ii) Por otro lado, están los proyectos de ley del Ministerio de Pueblos Indígenas y de los Consejos de Pueblos Indígenas. Ambos proyectos apuntan a un objetivo que es crítico: establecer un marco institucional que distinga claramente la institucionalidad del Estado para los pueblos indígenas –el Ministerio y el SENAPI, que sucedería a la actual CONADI– de la institucionalidad de los pueblos indígenas –los Consejos–.
- (iii) Adicionalmente existen iniciativas parlamentarias que buscan abrir un espacio de participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional, a través de escaños reservados u otra fórmula.

Y, por último, está la realidad punzante de La Araucanía. Acabamos de conocer los datos sobre pobreza de la Encuesta Casen 2017, donde la región vuelve a aparecer como la que tiene mayor índice de pobreza del país. A lo anterior se suma la prolongada situación de tensión, conflicto y violencia que afecta a esta zona, la que, como es sabido, ha cobrado víctimas en todos los sectores.

Todas estas realidades no pueden dejarnos indiferentes.

## 2. ¿DÓNDE ESTAMOS HOY?

Al aproximarnos a la interacción entre el derecho y las políticas públicas, un aspecto que asoma como clave es la generación de consensos respecto, precisamente, a ambos elementos.

¿Pero, cuán cerca estamos de ese consenso? Veamos lo que dicen algunos actores.

Alfredo Moreno, ministro de Desarrollo Social, declaró en mayo recién pasado que *«Aquí ha habido problemas muy serios, personas que han sufrido mucho, posiciones que a veces son muy distantes y que para encontrar una solución en común hay que acercarlas. Por lo tanto, creo que es muy importante escucharlos a todos y ver cuáles son los puntos en común que existen, de manera tal de construir a partir de eso y poner luz sobre aquellas cosas en las cuales hay divergencia para conversarlas y avanzar»*<sup>1</sup>.

Por su parte, el intendente de esta región, hace dos días, manifestó que *«tenemos que buscar una integración, no podemos mapuchizar toda la Araucanía»*<sup>2</sup>.

Una declaración pública del lonko Pascual Pichún y del lof Temulemu, emitida el 3 de agosto, señaló que *«mientras el gobierno y quien sea no se siente a tratar nuestras demandas territoriales de fondo y la desmilitarización de nuestro wallmapu, no habrá espacio que pueda ser validado desde nuestra comunidad. Mientras tanto nuestro trabajo sigue siendo de la recuperación de nuestro territorio»*.

Juan Carlos Reinao, presidente de la Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche, manifestó el mismo día 3 de agosto: *«En esta nueva etapa entre el Estado de Chile y el pueblo-nación mapuche, nadie sobra ni nadie puede faltar, por esto, reitero un llamado al diálogo inclusivo y transversal, es hora de que todos construyamos una solución verdadera y que perdure en el tiempo»*.

---

<sup>1</sup> <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/24/907290/Ministro-Moreno-y-Acuerdo-por-La-Araucania-Es-importante-escucharlos-a-todos-y-ver-los-puntos-en-comun.html> (acceso el 14.10.2018).

<sup>2</sup> <https://www.soychile.cl/Temuco/Politica/2018/08/21/551864/Intendente-Ma-yol-No-se-puede-mapuchizar-toda-La-Araucania.aspx> (acceso el 14.10.2018).

Por su parte, la investigadora del Centro de Estudios Públicos Isabel Aninat, escribió en *El Mercurio* del 12 de agosto de 2018 que, «*en una sociedad moderna en que los lazos personales pierden preponderancia en lo público, cabe preguntarse cómo transitar hacia confianzas que se basen en instituciones y no en los particularismos de personas individuales. Porque son las instituciones las que perduran en el tiempo y trascienden autoridades, gobiernos, y personas con nombre y apellido*».

Lo que reflejan estas visiones son distintas miradas sobre el pasado, presente y futuro de las relaciones entre el Estado y el pueblo Mapuche. En efecto, no hay consenso respecto al pasado, o, en el mejor de los casos, es un consenso precario. Esta falta de acuerdo se refleja en las diferencias que existen sobre la existencia misma y el contenido de la denominada ‘deuda histórica’. En la medida que el consenso sobre el pasado es escaso, la misma falta de consenso se evidencia en las políticas públicas destinadas a ‘hacerse cargo’ de ese pasado. Otro tanto ocurre con la falta de consenso que existe sobre la interpretación y abordaje de los hechos del presente. En ambos casos, la falta de consenso termina conspirando en contra de las posibilidades de construir una mirada compartida sobre cómo queremos avanzar hacia el futuro.

Pero la brecha no es solo racional-teórica, también es emocional y cultural.

Una primera evidencia de lo anterior es que, en el contexto de los hechos de violencia que han afectado a esta zona desde fines de los años noventa, a menudo se percibe una tensión entre lo que podríamos denominar «historia corta» e «historia larga» y que afecta la capacidad de empatía entre los distintos afectados. Esta tensión opera en los dos sentidos.

Una segunda evidencia es la tensión permanente que discurre sobre el eje pobreza-desarrollo productivo, por un lado, y satisfacción de derechos, por el otro. Para algunos, el mal llamado ‘conflicto mapuche’ se resuelve atacando la pobreza y fomentando el desarrollo productivo. Para otros, en cambio, es la mirada de los derechos y su satisfacción lo que importa.

Otra expresión de la brecha emocional y cultural a que hacía referencia es la de los ‘pares improbables’. A propósito del diálogo propiciado por el actual ministro de Desarrollo Social, el periodista Pedro Cayuqueo trajo a colación el concepto de ‘pares improbables’ al constatar la potente imagen del diálogo del empresario Bernardo Matte con el *lonko* Aniceto Norín en el encuentro denominado 3xi desarrollado recientemente en Villarrica. El concepto de ‘pares improbables’ surge de la constatación que las personas tienden a reunirse en nexos de confianza, en grupos cerrados y que difícilmente se relacionan con personas fuera de esos grupos o con las que no tienen esos nexos. Eso obviamente afecta la necesaria diversidad que debe haber en el diálogo. Pero no solo Bernardo Matte y Aniceto Norín son pares improbables. También son pares improbables quienes, por un lado, estimaban que el Gobierno haría una concesión inaceptable si autorizaba a Celestino Córdova a participar en una ceremonia en su comunidad, pasando por alto que estaba en juego el ejercicio de un derecho reconocido por el Convenio 169 de la OIT, y quienes, por otro, criticaban al Gobierno por no entregar esa autorización sin demostrar mayor sensibilidad por lo que eso significaba para una parte importante de la población, en particular para los hijos del matrimonio Luchsinger. Son pares improbables quienes creen que la solución al mal llamado ‘conflicto mapuche’ solo pasa por hacer respetar el estado de derecho, invocar la ley antiterrorista y aplicar ‘mano dura’, y quienes miran las tareas de mantención del orden y la seguridad como una mera criminalización de la causa mapuche.

Asimismo, son pares improbables lo que creen que el derecho no debiera tratar en forma distinta al pueblo Mapuche en base al argumento que somos todos chilenos, y quienes con su discurso niegan que existe una comunidad entre indígenas y no indígenas y creen que las políticas públicas pueden construirse despreciando la realidad.

El miedo es otro factor en esta brecha de la que venimos hablando. Leonel Lienlaf, poeta mapuche valdiviano, alguna vez escribió las siguientes palabras:

*Aguijones penetran en la piel desnuda  
El miedo es un monstruo helado que te acecha desde la puerta  
no hay paredes que te defiendan  
ni brasa que caliente tus entumecidos pies.  
El escalofrío  
compañero inseparable en estas horas  
te confortará con su baile intermitente<sup>3</sup>.*

Me parece que el miedo también es parte del escenario en que convivimos. Miedo a desafiar los paradigmas. Miedo a enfrentar temas que son tabú, como las regulaciones que tienen que ver con las tierras indígenas.

Pero miremos el vaso medio lleno: ¿cuáles son los consensos que ya existen y que nos permiten iniciar la construcción de una mirada común respecto a las relaciones entre el Estado y el pueblo Mapuche?

Primero, existe un consenso amplio en cuanto a la necesidad y urgencia de avanzar con el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Segundo, existe una opinión pública mayoritaria en cuanto a mejorar los canales de participación indígena, sea perfeccionando los ya existentes o incorporando nuevos mecanismos. En tercer lugar, también hay consenso en la necesidad de mejorar la representatividad indígena. Por último, existe acuerdo en cuanto a la necesidad de mejorar la institucionalidad estatal.

### 3. ALGUNAS CLAVES PARA CONSTRUIR UNA MIRADA

A continuación, me atrevo a proponer algunas claves para construir una mirada coherente e integral sobre Estado, pueblo Mapuche y la sociedad como un todo:

- (i) Enfoque de derechos humanos. El punto de partida necesariamente debe ser un enfoque de derechos humanos, partiendo desde lo más básico y, desde allí, construir hacia lo

---

<sup>3</sup> Lienlaf, Leonel, Kogen, 2014, en La Luz Cae Vertical. Antología bilingüe, selección de Vicente Undurraga, Lumen, 2018.

más específico. Desde la no asimilación, no discriminación e igualdad ante la ley, hasta el reconocimiento de derechos culturales.

- (ii) Empatía. La construcción de una mirada común requiere no solo convicción racional, sino también empatía. Empatía para mirar la ‘historia corta’ y la ‘historia larga’, cada cual desde su realidad. Empatía para ponerse en el lugar del otro.
- (iii) El diálogo como disciplina. Debemos transformar el diálogo en disciplina, «*dialogar hasta que duela*», como dijo Pedro Cayuqueo. Pero el diálogo se transformará en disciplina de verdad cuando esté institucionalizado en todos los niveles.
- (iv) Sentido de comunidad. Es clave enfrentar este tema con un sentido de ‘comunidad’. El diálogo, la búsqueda de acuerdos, la construcción de una mirada *común* es tarea de todos y debe necesariamente construirse en comunidad. Lo que ocurre, sin embargo, es que tenemos la costumbre de mirar para el lado, como diciendo «esto es tarea del Estado» o «este es el problema de los mapuche». En cualquier caso, un tema cuya solución corresponde a otros.
- (v) Valentía. Este esfuerzo requiere valentía, pues ya hemos visto que el miedo es parte del escenario. Valentía para arriesgar capital social y político, valentía para pensar más allá de los ciclos electorales, valentía para encontrarse con los pares improbables, valentía para desafiar las propias convicciones. Como la valentía que tuvo el obispo Héctor Vargas para encabezar el proceso de diálogo de la mesa convocada por la expresidenta, enfrentando muchas críticas. Como la valentía del ministro Moreno para convocar a muchos diálogos en estos primeros meses de gobierno. Como la valentía de Jorge Luchsinger para participar en el diálogo y hacer el gesto que hizo. Como la valentía de Aniceto Norín y muchas otras autoridades mapuche que participaron en el encuentro 3xi y que han sido criticados por tal hecho.
- (vi) Estrategia. Este esfuerzo requiere, en fin, una estrategia. Todo lo anterior es insuficiente si falta un sentido de estrategia.

#### 4. LOS GRANDES TEMAS

Una pregunta recurrente, que probablemente ha rondado en la cabeza de todos los presentes, es cómo dar pasos concretos y efectivos hacia una solución duradera.

Estoy hablando de lo que he llamado una ‘fórmula de convivencia’ entre el Estado, el pueblo Mapuche y el resto de los chilenos.

Ya hemos mencionado las ‘claves’ para construir una mirada coherente e integral sobre Estado, pueblo Mapuche y la sociedad como un todo: enfoque de derechos humanos, empatía, el diálogo como disciplina, sentido de comunidad, valentía y estrategia.

Si esas son las claves, la pregunta entonces es cuáles son los temas que deben, sí o sí, formar parte de la ‘fórmula de convivencia’ a la que ya me referí.

- (i) La institucionalidad, partiendo desde la arquitectura constitucional, con un reconocimiento potente a ese nivel; clarificando y fortaleciendo la institucionalidad; distinguiendo entre la institucionalidad *para* y la institucionalidad *de* los pueblos indígenas. En esta línea es clave sacar adelante los proyectos que crean el Ministerio y los Consejos de Pueblos Indígenas.
- (ii) La participación, perfeccionando la implementación del derecho de consulta indígena establecido en el Convenio 169 de la OIT; visibilizando las instituciones representativas de los pueblos indígenas ya existentes y generando nuevas instituciones como los Consejos; abriendo nuevos espacios, como la participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional.
- (iii) Las tierras y el territorio, abordando en serio este tema con todas sus aristas: estatuto de protección de las tierras, estatuto de ampliación de las tierras indígenas, territorio. No podrá haber una fórmula de convivencia duradera si no abordamos en serio todo lo anterior.
- (iv) La cultura, asignándole un lugar central en esta fórmula de convivencia, realzando y fomentando el mapudungun, realzando el rol de las autoridades tradicionales, rescatando y realzando la toponimia mapuche, etcétera.



Lo que nos lleva a una última cuestión que me parece fundamental: lo que llamo el principio activo, el anclaje teórico, el ‘pegamento’ –si me lo permiten– de la fórmula de convivencia entre el Estado, los pueblos indígenas y la sociedad como un todo. La multiculturalidad tiene, a mi juicio, un problema basal, y es que su virtud se puede transformar en su defecto. La multiculturalidad tiene el riesgo de transformarse en tolerancia pasiva: te tolero, pero no me encuentro contigo. Y la tolerancia pasiva está muy cerca de la corrección política. A mí me parece que la *interculturalidad* es la respuesta: es el encuentro y el diálogo entre culturas lo que nos abre las puertas a un conocimiento y enriquecimiento mutuo. Y ahí la educación, la docencia y la investigación tienen un rol clave. Pero debemos hacernos cargo que una parte del mundo mapuche siente que el discurso de la ‘interculturalidad’ –así como el de la multiculturalidad, en su momento– no son más que herramientas que ha utilizado el Estado para preservar el *statu quo*. Se requiere entonces un nuevo esfuerzo para dar densidad académica al concepto y la concreción práctica de la interculturalidad: ese es un desafío que bien podría asumir esta universidad.

Planteados así, estos temas no parecen tan difícil e inabordables. Pero debemos igualmente reconocer que las complejidades envueltas en este esfuerzo son y serán múltiples.

Por eso, no quiere cerrar esta exposición sin reiterar lo que me parece más importante: que todos y cada uno de nosotros asumamos el rol que nos cabe en este esfuerzo común.

Muchas gracias».

CAPÍTULO PRIMERO:  
DERECHOS FUNDAMENTALES



EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE  
LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO MECANISMO  
DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA A LA LUZ  
DEL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS

THE CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF  
INDIGENOUS PEOPLES AS A MECHANISM OF  
POSITIVE DISCRIMINATION IN CONTRAST  
WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

*Regina Ingrid Díaz Tolosa\**

RESUMEN

El artículo revisa, desde el Derecho Internacional, si se justifica implementar medidas de discriminación positiva a favor de los pueblos originarios y si su reconocimiento constitucional es necesario. El análisis concluye que este reconocimiento no es un requisito indispensable, al contrario, puede implicar una preferencia no justificada.

PALABRAS CLAVE

Pueblos originarios, discriminación positiva, reconocimiento constitucional de los pueblos originarios

---

\* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora de la carrera de Derecho Sede Santiago, Universidad Autónoma de Chile.

## ABSTRACT

The article reviews, from international law, if it is justified to implement positive discrimination measures in favour of the original peoples, and if their constitutional recognition is necessary. The analysis concludes that this recognition is not an indispensable requirement; on the contrary, it may imply an unjustified preference.

## KEYWORDS

Indigenous peoples, positive discrimination, constitutional recognition of indigenous peoples

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a lo largo de su desarrollo, ha ido configurando estatutos especiales de protección para ciertos grupos vulnerables de la sociedad, en cuanto su dignidad humana se ve mermada dada su especial condición, tales como las mujeres, los niños, los migrantes y las personas con discapacidad.

En efecto, estos grupos cuentan con la protección de convenios internacionales incluidos dentro del listado de los nueve tratados internacionales reconocidos en el sistema universal como aquellos principales en la configuración del derecho internacional de los derechos humanos<sup>1</sup>, tratados que cuentan con un amplio y reconocido respaldo. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, posee 189 Estados parte; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, 196; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos

---

<sup>1</sup> A nivel universal, reconoce como principales a nueve tratados internacionales, los cuales poseen incluso un mecanismo propio de supervigilancia de cumplimiento a través de órganos específicos compuestos por expertos independientes de reconocida competencia en materia de derechos humanos (comités). *Cfr.* Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies», disponible en < <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>>, fecha de consulta: 25.07.18.

los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990, 52; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, 177<sup>2</sup>.

Normalmente, a los pueblos indígenas se los incluye en la categoría de grupos vulnerables, sin embargo, se ha de puntualizar la diferencia existente desde el punto de vista normativo, en tanto que su principal instrumento de protección, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989, no se encuentra circunscrito como parte de este núcleo de tratados básicos del derecho internacional de los derechos humanos, y tampoco se trata de un tratado de vasta adherencia, en tanto solo cuenta actualmente con 23 ratificaciones<sup>3</sup>.

En consecuencia, consideramos se trata de una protección convencional en desarrollo que no se encuentra totalmente cristalizada, cuyos principales fundamentos se encuentran en el derecho internacional general, específicamente, en el derecho a la libre determinación de los pueblos y en el principio de igualdad y no discriminación. Luego, la investigación que se propone tiene por objeto discurrir acerca de si se justifica la implementación de medidas de discriminación positiva a favor de los pueblos originarios, en particular de su reconocimiento constitucional como un necesario punto de partida, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y en concreto responder si es necesario contar con un estatuto especial y diferenciado para los pueblos originarios.

La autora del estudio desarrolla la línea de investigación sobre relaciones del derecho internacional con los derechos internos, enfocándose los últimos años en el examen de la compatibilidad entre las normas internacionales y nacionales en materias de protección

<sup>2</sup> Vid. Estado de ratificación de los tratados en United Nations, *Treaty Collection*, disponible en < <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>, fecha de consulta: 25.07.18.

<sup>3</sup> Cfr. normlex Information System on International Labour Standards, «Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)», disponible en < <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/>>, fecha de consulta: 25.07.18.

de derechos de grupos vulnerables. Por tanto, en esta oportunidad se propone evaluar si el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios es un mecanismo nacional indispensable para armonizar el ordenamiento jurídico interno con los estándares internacionales existentes sobre protección de los pueblos originarios. Luego, justifica la realización de este examen por ser Chile un Estado parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, no solo como miembro activo de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, sino también por haber ratificado y puesto en vigencia todos sus principales tratados generales sobre derechos humanos, por lo que ha dado su consentimiento expreso en aras de comprometer la implementación de mecanismos de salvaguarda de estos derechos. Por cierto, los sistemas de protección de los derechos humanos son coadyuvantes y complementarios del derecho interno<sup>4</sup>. En este contexto, tampoco olvidemos el principio de la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales asumidas por un Estado (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), cuya manifestación positiva se traduce en el deber del Estado de armonizar la legislación interna con el orden internacional, lo cual ha sido recogido a nivel convencional universal y regional (*vid.* artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En consecuencia, la obligación general de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos no se limita a evitar la concurrencia de conductas transgresoras de tales derechos, sino que además implica que ellos deben emprender acciones necesarias para su ejercicio y goce. Entre estas acciones positivas se incluye la revisión de la legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ellas y las normas internacionales, pues es el derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del derecho internacional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Díaz (2015) p. 246.

<sup>5</sup> *Idem.*, pp. 253-259.

Los resultados de la investigación se presentan en dos partes. La primera escudriña en el origen, contenido y alcance de los principios de derecho internacional general que posibilitan una especial protección de los pueblos originarios: el derecho a la libre determinación de los pueblos y el principio de igualdad y no discriminación. La segunda se centra en el concepto de discriminación positiva y la determinación de su contenido, tratándose de minorías étnicas. Todo ello con el afán de responder si se justifica como medida de discriminación positiva el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

## 2. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL QUE FUNDAN LA NECESIDAD DE UNA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

### 2.1 *El derecho a la libre determinación de los pueblos*

Creemos que el derecho a la libre determinación de los pueblos permite explicar la circunscripción de los pueblos originarios como grupo vulnerable.

A nivel convencional encontramos tres instrumentos que se refieren, expresamente, a la libre determinación de los pueblos: la Carta de las Naciones Unidas de 1945, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios de 1989.

La Carta de las Naciones Unidas consagra el principio en su artículo 1.2, como base del fomento de relaciones de amistad entre las naciones y como medida adecuada para fortalecer la paz internacional: «*Los propósitos de las Naciones Unidas son: 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal*».



Más tarde, en 1970, su contenido es precisado por la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto indica que *«todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural»*. Además, agrega que la finalidad de promover la libre determinación de los pueblos no solo es el fomento de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, sino también *«poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate»*. Luego, afirma que constituye una violación del principio y una denegación de los derechos humanos, siendo contrario a la Carta, *«el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras»*. Sin embargo, explicita un límite al ejercicio de este derecho a la libre determinación de los pueblos, cual es *«la integridad territorial de Estados soberanos e independientes (...), dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»*, la cual no puede ser quebrantada o menoscaba, total o parcialmente<sup>6</sup>.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 1º, establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud del cual pueden establecer libremente su condición política y propender a su desarrollo económico, social y cultural, para lo cual pueden disponer, también libremente, de sus riquezas y recursos naturales, con la limitación de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional:

1. *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*
2. *Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio*

---

<sup>6</sup> Cfr. Resolución 2625 (XXV), Asamblea General de las Naciones Unidas.

*de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.*

3. *Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.*

Por otra parte, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, en su preámbulo, prohíbe tales conductas porque quebrantan, entre otros principios de derecho internacional, el de la libre determinación de los pueblos. Lo cual es reafirmado en el artículo 5.2 del instrumento:

*Los Estados Partes no reclutarán, utilizarán, financiarán ni entrenarán mercenarios con el objeto de oponerse al legítimo ejercicio del derecho inalienable de los pueblos a la libre determinación reconocido por el derecho internacional y tomarán, de conformidad con el derecho internacional, las medidas apropiadas para prevenir el reclutamiento, la utilización, la financiación o el entrenamiento de mercenarios para tal objeto.*

En la doctrina, los internacionalistas han afirmado que, si bien se trata de un principio que ha tenido una función histórica en el desmantelamiento del sistema colonial y ha sido una herramienta para asegurar relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, se ha entendido que el derecho es más amplio, pues es aplicable también a los pueblos que se encuentren dentro de Estados soberanos e independientes, y no exclusivamente a colonias en otros continentes<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Jiménez de Aréchaga (1980) p. 128, Burger (2014) p. 214.

En consecuencia, en cualesquiera de estos dos escenarios, ya sea como un derecho fundamental de los pueblos bajo dominación colonial o pueblos que constituyen una minoría étnica dentro de un Estado soberano, es fácilmente comprensible su categorización como grupo vulnerable, ya que se encuentran en una situación de desventaja estructural respecto del Estado colonizador o el Estado soberano, en su caso.

Al respecto, el Convenio No. 169 de la OIT de 1989, refiere en su artículo 1° al concepto de pueblos indígenas y tribales, entendiendo por los primeros a aquellos que, estando en países independientes, descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; mientras que los tribales, en países independientes, poseen condiciones sociales, culturales y económicas que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y están regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, en su artículo 3°, afirma que «*[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*». Así, el derecho a la libre determinación se ha comprendido como un principio fundamental que sostiene al conjunto de derechos de los pueblos indígenas<sup>8</sup>.

El relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas afirmó, en su informe de 2013, que existe una equivocada concepción con relación a la libre determinación de estos pueblos, en tanto se cree entrañaría «*necesariamente el derecho a convertirse en un Estado independiente. Sin embargo, los pueblos indígenas rara vez o nunca*

---

<sup>8</sup> Anaya (2013) pág. 73.

*tienen como objetivo crear un Estado independiente, con excepción de las situaciones clásicas de los territorios no autónomos»<sup>9</sup>.*

El temor a la secesión, como un producto del reconocimiento del derecho a la libre determinación, sigue vigente en la comunidad internacional. Así, la Declaración de los Pueblos Indígenas de 2007, se considera equilibrada, ya que señala expresamente, en el artículo 46, que *«[N]ada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes»<sup>10</sup>.*

Luego, el relator especial puntualiza que, en esencia, el principio significa que los pueblos indígenas *«tienen derecho a seguir sus propios destinos en todas las esferas de la vida en condiciones de igualdad, y a vivir dentro de un orden institucional concebido en consecuencia. Los Estados, al igual que las instituciones internacionales pertinentes y los propios pueblos indígenas, deberían centrarse en el fortalecimiento del compromiso con ese principio básico y la adopción de medidas prácticas para aplicarlo»<sup>11</sup>.*

En efecto, la Declaración de 2007 se refiere al derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno, en el artículo 4: *«los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas».* A la par que el derecho a la autonomía, los pueblos indígenas tienen derecho, de conformidad con el artículo 34 de la Declaración, a *«promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos...».*

<sup>9</sup> *Idem.*, p. 76.

<sup>10</sup> Cfr. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008) p. 13, Gaete (2012) pp. 91 y 92.

<sup>11</sup> Anaya (2013) p. 77.

Luego, la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha manifestado que el derecho a la libre determinación va íntimamente ligado a los derechos políticos de los pueblos indígenas, entre ellos, de conformidad al artículo 18 de la Declaración, al derecho a participar en la adopción de decisiones en asuntos que afectan a sus derechos y la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar con ellos para obtener su consentimiento libre, previo e informado, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten<sup>12</sup>.

En este sentido, nos parece una completa interpretación y sistematización la que realiza el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, al afirmar que el derecho a la libre autodeterminación se manifiesta en cualquiera de estos aspectos particulares<sup>13</sup>:

- *Autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como medios de financiar sus funciones autónomas. En otros casos, los pueblos indígenas buscan las condiciones para la autogestión.*
- *Respeto por el principio de consentimiento libre, previo e informado. Este principio implica que exista una ausencia de coacción, intimidación o manipulación, que el consentimiento haya sido buscado con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, que se muestre respeto por los requisitos de tiempo de los procesos indígenas de consulta / consenso y que se suministre información plena y comprensible con respecto al impacto probable.*
- *Participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en cada etapa de cualquier acción que pueda afectarles directa o indirectamente. La participación de los pueblos indígenas puede ser a través de sus autoridades tradicionales o de una organización representativa. Esta participación también puede tomar la forma de co-gestión.*

---

<sup>12</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2013) p. 5.

<sup>13</sup> Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008) pp. 13 y 14.

- *Consulta con los pueblos indígenas involucrados antes de cualquier acción que pueda afectarles, directa o indirectamente. La consulta asegura que sus preocupaciones e intereses sean compatibles con los objetivos de la actividad o acción prevista.*
- *Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica.*
- *Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.*

## 2.2 El principio de igualdad y no discriminación

Por otra parte, creemos que, para considerar la discriminación positiva de los pueblos originarios como grupo vulnerable, es necesario analizar en qué consiste el principio de igualdad y no discriminación.

Se trata de un principio básico y estructural del orden internacional que reconoce a todas las personas como sujetos de derechos inherentes a la esencia del ser humano, por lo que es incompatible considerar superior o inferior a determinado grupo de personas. En efecto, existen normas internacionales que confirman la idea de un género humano, que comparte una misma dignidad y derechos que nos son inherentes a nuestra esencia, lo cual impide realizar exclusiones bajo cualquier circunstancia, incluido el origen étnico.

Así, *v.g.* a nivel de Naciones Unidas lo encontramos en el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

*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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de*

*cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965:

- 1. En la presente Convención la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.*
- 2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.*
- 3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.*
- 4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que*

*no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.*

Artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: *«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».*

Artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 2.2: *«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».*

Artículos 2 y 3.1 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989:

Artículo 2: 1. *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.* 2. *Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir*



*entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (...)*

*Artículo 3.1: Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.*

Por último, en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007: «5. (...) *en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación*», y en su artículo 2º: «[l]os pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas».

Luego, a nivel de sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se observa presente la alusión en el artículo 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: «*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*», y en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969: «*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*».

En adición e interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que supervigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, explícita en la Observación General No. 18, sobre no discriminación, de 1989, que existen prohibiciones de discriminación en sentido estricto, referentes al impedimento de toda exclusión, restricción o preferencia que se

basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>14</sup>.

Luego, estas prohibiciones de discriminación en sentido estricto surten dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial, por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación; y otro positivo, cual es la licitud de acciones positivas en su favor para lograr la igualdad de oportunidades, pues mientras existan grupos humanos en desventaja fáctica, se requieren medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación<sup>15</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso en contra de Chile, razona sobre la violación del principio de igualdad y no discriminación del pueblo Mapuche<sup>16</sup>. Así, afirma que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación, o categoría sospechosa, que se encuentra comprendido dentro de la expresión «*cualquier otra condición social*» del artículo 1.1. de la Convención Americana<sup>17</sup>. Luego, el efecto negativo exige al Estado abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*<sup>18</sup>. Esta discriminación se verificará si una diferencia de trato

<sup>14</sup> Observación General No. 18 de 1989 sobre no discriminación, Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. Urteaga (2009) p. 183, Escobar (2012) pp. 244, 353.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014, serie C No. 279), caso contencioso contra Chile a propósito del procesamiento y condena por delitos terroristas de dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche por hechos ocurridos los años 2001 y 2002, en las regiones del Biobío y Araucanía, en aplicación de la Ley No. 18.314 de 1984, conocida como Ley Antiterrorista. La Corte por unanimidad dictaminó la responsabilidad del Estado por violación del principio de igualdad y no discriminación, entre otros derechos. Cfr. punto resolutivo No. 2, p. 151.

<sup>17</sup> *Idem.*, considerando 202.

<sup>18</sup> *Idem.*, considerando 201.

no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persiga un fin legítimo o no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido<sup>19</sup>. En cuanto al efecto positivo, los Estados están obligados a adoptar medidas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas<sup>20</sup>. Además, deben ejercer especial protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias<sup>21</sup>. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico<sup>22</sup>. Luego, concluye, en el caso concreto que si un juez condena a alguien en base a estereotipos negativos asociados a un grupo étnico, sin verificar todos los elementos del tipo penal en las pruebas de la parte acusatoria, realiza una aplicación discriminatoria de la ley penal<sup>23</sup>.

### 3. LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA A FAVOR DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

#### 3.1 *La preservación de la identidad cultural de las minorías étnicas*

Hemos referido en acápite anterior la relevancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como instrumento convencional, que recoge tanto el derecho a la libre determinación de los pueblos (artículo 1) como el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 2). Ahora, es necesario destacar que en su artículo 27 se refiere en específico a las personas que pertenezcan a

<sup>19</sup> *Idem.*, considerando 200.

<sup>20</sup> *Idem.*, considerando 201.

<sup>21</sup> *Ibidem.*

<sup>22</sup> *Idem.*, considerando 206.

<sup>23</sup> *Idem.*, considerando 223.

minorías étnicas, en tanto los Estados no pueden negar su derecho a tener su propia vida cultural: *«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».*

En consideración de esta disposición, entonces podríamos colegir que la discriminación positiva a favor de pueblos originarios debe dirigirse a acciones concretas que les permita conservar su propia cultura. *Ergo*, surge la pregunta de si esta preservación de su identidad cultural implica la obligación del Estado de reconocerlos como pueblos originarios y permitirles regirse por sus propias reglas<sup>24</sup>.

En este sentido, creemos necesario enfatizar que la discriminación positiva (o acciones afirmativas en favor de grupos vulnerables) ha sido concebida como un mecanismo transitorio destinado a nivelar a grupos humanos que injustamente se han mantenido en una desventaja relativa<sup>25</sup>, pero, si se institucionaliza, su propósito muta y se desvirtúa para garantizar, en nombre de un principio de diversidad, una representación equitativa de los grupos minoritarios<sup>26</sup>. En consecuencia, cabe preguntarse si el respeto de la diversidad cultural justifica un trato diferenciado, especial y preferente por el solo hecho de pertenecer a un pueblo originario, y cuál es el contenido y alcance de estas acciones positivas y sus limitaciones, ello para garantizar

<sup>24</sup> Cfr. Urteaga (2009) p. 186.

<sup>25</sup> Observación General No. 18 sobre no discriminación de 1989, Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, pár. 10: *«el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto».*

<sup>26</sup> Cfr. Urteaga (2009) p. 211.

un correcto equilibrio con los derechos y principios reconocidos a los Estados independientes en los cuales se insertan, tales como el principio de soberanía e integridad territorial.

Al respecto, se debe tener en consideración la interpretación del Comité de Derechos Humanos explicitada en la Observación General No. 23 sobre derechos de las minorías de 1994, en tanto clarifica que no es menester asociar o confundir el derecho del artículo 27 con el derecho a la libre determinación de los pueblos consagrado en el artículo 1º, pues el último es un derecho de los pueblos, mientras que el primero es reconocido a las personas en cuanto tales, lo cual no menoscaba la soberanía o integridad territorial de los Estados, aunque el disfrute de una determinada cultura puede encontrarse en vinculación al territorio y el uso de recursos<sup>27</sup>. En efecto, es usual que, en el caso de las comunidades indígenas, la cultura se manifieste a través de un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley, lo cual puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de las comunidades minoritarias en las decisiones que les afecten<sup>28</sup>.

Por su parte, el Convenio No. 169 de la OIT establece tanto la discriminación negativa (no discriminación) como la positiva, lo cual se puede colegir de sus artículos 2, 4 y 5, pues impone la obligación de adoptar medidas que aseguren a los pueblos indígenas el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; así como medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad, costumbres e instituciones. De tal forma, se debe desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos, incluyendo medidas que ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan

---

<sup>27</sup> Observación General No. 23 de 1994, Comité de Derechos Humanos, un Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párs. 2, 3.

<sup>28</sup> *Idem.*, pár. 7.

existir con los demás miembros de la comunidad nacional. También se deberán adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas, así como aquellas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten al afrontar las nuevas condiciones de vida y de trabajo<sup>29</sup>.

### *3.2 El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios: ¿medida de discriminación positiva justificada?*

Llevada la discusión al caso chileno, ¿es posible considerar el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios como un mecanismo de partida y condición de la discriminación positiva que se les debe como grupo humano vulnerable, o es suficiente con otras medidas legislativas o administrativas que posibiliten la preservación de su identidad cultural?

Al respecto se debe considerar que, de acuerdo a lo analizado en acápite anteriores, la discriminación positiva, o los mecanismos que en virtud de ella se adopten, han sido entendidos como medidas preferenciales legítimas en tanto sean temporales, con el objeto de equiparar a un grupo minoritario que ha sido históricamente vulnerado<sup>30</sup>, pero no puede transformarse en una acción afirmativa perpetua en el tiempo, pues en tal caso el principio de igualdad no concebiría tal desigualdad como lícita o justificada. En tanto se perpetúen y no sean necesarias para corregir esa discriminación fáctica, carecerán de legitimidad. Por tanto, se puede colegir que el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, al quedar en la norma jerárquica superior del Estado, sería un mecanismo de discriminación positiva no justificado, en tanto tiene una vocación de permanencia en el tiempo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. Donoso (2008) p. 6.

<sup>30</sup> Cfr. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008) p. 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2013) p. 8.

<sup>31</sup> Pertinente es traer a colación la crítica de Brewer-Carías (2000) pp. 20 y 21, respecto del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en la Constitución venezolana, en tanto sostiene se trata de una discriminación no

A nivel legal, la Ley No. 19.253 de 1993, cuya última versión data de 2017, tiene como principal objetivo –de ahí su relevancia– el reconocimiento de la existencia de agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias. Además, señala que es deber de la sociedad y del Estado respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades. Esto implica el uso y conservación de culturas e idiomas, la incorporación de contenidos socioculturales e idiomas en los medios de comunicación de masas, establecimiento de cátedras de historia, obligación del Registro Civil de anotar los nombres y apellidos indígenas, la protección del patrimonio histórico, arquitectónico, arqueológico y cultural. Junto a lo anterior, se regula la venta y exportación de objetos, piezas y documentos de valor histórico o arqueológico, la excavación de cementerios y la sustitución de toponímicos indígenas<sup>32</sup>.

Por otra parte, cabe enfatizar que la historia del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Latinoamérica (Colombia 1991, México 1992 y 2001, Perú 1993, Bolivia 1994, Ecuador 1998, Venezuela 1999) ha mostrado que un reconocimiento formal impacta negativamente en los pueblos indígenas, pues no logra por sí mismo transformar las estructuras nacionales y culturales de los Estados. Ello necesariamente debe ser desarrollado a nivel legal y reglamentario, para que no exista una brecha de implementación o una falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas que los hagan efectivos<sup>33</sup>. En efecto, estas constituciones admiten el derecho de estos pueblos a su identidad étnica y cultural, reconociendo el pluralismo étnico-cultural, lo cual ha generado constituciones nominales que no implican un verdadero proceso de transformación social<sup>34</sup>. Luego, existe una brecha entre el reconocimiento constitucional en la

---

justificada, y peligrosa, al permitir un «*Estado dentro de otro Estado*», pues en la práctica puede afectar a la integridad territorial de la Nación, y es «*un régimen discriminatorio en exceso respecto del resto de la población*».

<sup>32</sup> Gobierno de Chile (2004) p. 18.

<sup>33</sup> Aylwin (2014) pp. 277, 282-294.

<sup>34</sup> Cujabante (2014) p. 212.

letra y el cumplimiento efectivo de dichas disposiciones en términos reales, lo que demuestra que no basta con un reconocimiento en la Constitución, sino que se requiere un compromiso decidido de todos los actores –estatales y privados– por la protección de los derechos humanos de todos, sin distinción alguna<sup>35</sup>.

En otras palabras, ¿cuál es la utilidad de un reconocimiento constitucional formal si luego no existen mecanismos normativos, a nivel legal o administrativo, que posibiliten en la práctica un efectivo respeto de los pueblos originarios? Todo lo contrario, creemos podría incentivar el descontento de estos grupos, ya que ante un reconocimiento constitucional pueden crecer sus expectativas de autonomía, la cual se puede ver entorpecida, ya sea por la falta de mecanismos que permitan una posible realización o, derechamente, por existir colisión entre las costumbres indígenas y el resto del ordenamiento jurídico estatal. Por ejemplo, en materia de reconocimiento de costumbres y el derecho consuetudinario indígena, parecen tener más aceptación en la sociedad no indígena cuando se mantienen en el ámbito de las relaciones interpersonales (por ejemplo, diferentes costumbres de índole cultural, social o religiosa que se practican al interior de las comunidades), pero se ha observado una mayor reticencia cuando las costumbres y el derecho consuetudinario indígena afectan intereses del Estado o de terceros (económicos o de otra índole, en especial cuando involucran tierras, territorios o recursos naturales). Asimismo, el derecho consuetudinario plantea problemas cuando pugna con principios jurídicos fundantes del orden legal o con derechos humanos internacionalmente reconocidos, como sería el caso de aquellas costumbres penales indígenas, que implican el ejercicio de formas de autotutela<sup>36</sup>. Por tanto, un reconocimiento constitucional de los pueblos originarios que consagre el derecho de estos a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento, es solo una cláusula nominal e ilusoria, si no se complementa y precisa con las normas necesarias que establezcan mecanismos que resuelvan eventuales antinomias ante la coexistencia

---

<sup>35</sup> Aguilar *et al.* (2010) p. 13.

<sup>36</sup> Donoso y Palacios (2018) p. 17.



de dos o más sistemas jurídicos al interior de un mismo Estado<sup>37</sup>. Así, creemos que la vía más idónea para implementar mecanismos de discriminación positiva en protección de pueblos originarios es el desarrollo e implementación de normas legales y administrativas, las cuales fortalezcan una institucionalidad que permita el cumplimiento del objetivo de conservar y fomentar la identidad cultural de los pueblos indígenas, de conformidad a los parámetros establecidos en el Convenio No. 169 de la OIT, que es norma chilena, al ser un tratado ratificado y vigente<sup>38</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

1. El tratado internacional que se refiere a la protección de los pueblos originarios es el Convenio No. 169 de la OIT, el cual solo ha sido ratificado por 23 Estados y no es considerado por la Naciones Unidas como uno de aquellos integrantes del núcleo del derecho internacional convencional, por lo que, se concluye, se trata de una protección convencional en desarrollo, aún no cristalizada.

2. El origen y desarrollo del derecho a la libre determinación de los pueblos nos permite fundamentar que los pueblos originarios son un grupo vulnerable que requieren de una especial protección, ya que se reconoce, a partir de los propósitos de las Naciones Unidas de fomento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, y se reafirma *a posteriori*, con la finalidad de dar término al colonialismo.

3. Los pueblos originarios, como grupo vulnerable, requieren de una protección especial que considere mecanismos de discriminación

---

<sup>37</sup> Cfr. Aguilar *et al.* (2010) p. 10.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008) p. 12, enfatiza como mecanismos para enfrentar la discriminación y promover la inclusión social y participación política, la introducción de medidas especiales para combatir la discriminación prevaliente y mejorar las oportunidades para los pueblos indígenas, tales como programas focalizados, subvenciones especiales para la educación, mecanismos de consulta y puestos reservados en órganos de toma de decisiones, incluso en los parlamentos nacionales. Por otra parte, la no discriminación también implica responder a necesidades específicas dentro de las comunidades indígenas, incluidas aquellas de mujeres, niños y jóvenes.

positiva, ello en base a los efectos reconocidos del principio de igualdad y no discriminación.

4. El derecho a tener vida cultural propia está concebido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de manera personal, para el individuo perteneciente a una minoría étnica, no para el pueblo originario como titular colectivo de un derecho.

5. El reconocimiento constitucional de los pueblos originarios no es un requisito indispensable para garantizar acciones afirmativas necesarias para equilibrar una desventaja histórica del pueblo Mapuche en Chile; todo lo contrario, podría implicar la institucionalización de una preferencia no justificada.

6. A nivel legal, y de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, existe un reconocimiento de los pueblos indígenas y de su propia identidad cultural, por tanto, lo realmente relevante no es un reconocimiento constitucional, lo cual, en la praxis, podría generar mayores expectativas por parte de los miembros de estos pueblos, sino un fortalecimiento de la institucionalidad para crear e implementar políticas públicas idóneas para la aplicación de la ley y los tratados ratificados, que se orienten a su principal objetivo, cual es la preservación de la identidad cultural de los individuos pertenecientes a estos pueblos étnicos minoritarios.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar, Gonzalo; LaFosse, Sandra; Rojas, Hugo y Steward, Rébecca (2010): «Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina». Disponible en [https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81lisis\\_Comparado\\_del\\_Reconocimiento\\_Constitucional\\_de\\_los\\_Pueblos\\_Indigenas\\_en\\_Ame%cc%81rica\\_Latina%20Dec%202010\\_CPPF\\_Briefing\\_Paper\\_f.pdf](https://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%cc%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%cc%81rica_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf) [fecha de consulta: 26.09.2019].
- Anaya, James (2013): *Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Asamblea General de las Naciones Unidas A/68/317.
- Aylwin, José (2014): «Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: avances jurídicos y brechas de implementación», en AA.VV., *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (Barcelona, Red Derechos Humanos y Educación Superior) pp. 275-300.

- Brewer-Carías, Allan (2000): «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999». Disponible en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.766.pdf> [fecha de consulta: 01.10.2018].
- Burger, Julián (2014): «La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional» en AA.VV., *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (Barcelona, Red Derechos Humanos y Educación Superior) pp. 213-239.
- Cujabante Villamil, Ximena Andrea (2014): «Los pueblos indígenas en el marco del constitucionalismo latinoamericano», RAI. *Revista Análisis Internacional*, Vol. 5, No. 1, pp. 209-230.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2015): *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno* (Santiago, Thomson Reuters).
- Donoso, Sebastián (2008): «Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro» en *Temas de la Agenda Pública* año 3, No. 16 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile) 12 pp.
- Donoso, Sebastián y Palacios, Camila (2018): «Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate» en *Temas de la Agenda Pública*, año 13, No. 103 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile) 20 pp.
- Escobar Roca, Guillermo (director) (2012): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).
- Gaete Uribe, Lucía (2012): «El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa», *Ius et Praxis*, Año 18, No. 2, pp. 77-124.
- Gobierno de Chile (2004): «Política de nuevo trato con los pueblos indígenas: derechos indígenas, desarrollo con identidad y diversidad cultural». Disponible en <http://www.mapuche.info/mapuint/new-treat040400.pdf> [fecha de consulta: 01.10.2018].
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008): «Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas». Disponible en [https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices\\_pueblos\\_indigenas.pdf](https://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf) [fecha de consulta: 01.10.2018].
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1980): *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid, Editorial Tecnos).
- Oficina del Alto Comisionado (2013): *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, Folleto informativo No. 9/Rev.2).
- Urteaga, Eguzki (2009): «Las políticas de discriminación positiva», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, No. 146, pp. 181-213.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (2014): sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de mayo de 2014, Serie C, No. 279.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 26 de junio de 1945. La Ley No. 8.402, 3 de enero de 1946, dispone cumplir y llevar a efecto como Ley de la República de Chile la Carta de las Naciones Unidas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Promulgada en Chile por Decreto Supremo No. 873, Diario Oficial, 5 de enero de 1991.
- Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios. Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de diciembre de 1989.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Naciones Unidas, 21 de diciembre de 1965. Promulgada en Chile mediante Decreto Supremo No. 747, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1971.
- Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Promulgada en Chile mediante Decreto No. 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 14 de octubre de 2008.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 61/295, de 13 de septiembre de 2007. un Doc. A/RES/61/295.
- Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución No. 2625 de 24 de octubre de 1970, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 25° período de sesiones. un Doc. A/RES/2625 (XXV).

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.
- Ley No. 18.314, determina conductas terroristas y fija su penalidad, Diario Oficial, 17 de mayo de 1984, actualizada el 21 de junio de 2011.
- Ley No. 19.253, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Diario Oficial, 5 de octubre de 1993, actualizada el 3 de noviembre de 2017.
- Observación General No. 18 sobre no discriminación, Comité de Derechos Humanos, aprobada en el 37º período de sesiones de 1989, Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: I Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, pp. 234-236.
- Observación General No. 23 sobre derechos de las minorías, de 26 de abril de 1994, Comité de Derechos Humanos, un Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Promulgado en Chile mediante Decreto No. 778, Diario Oficial, 29 de abril de 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, 1966. Promulgado en Chile por Decreto No. 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial, 27 de mayo de 1989.

PANORÁMICA SOBRE EL DERECHO  
FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE  
LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA  
Y DESAFÍOS EMERGENTES PARA LAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS EN CHILE

OVERVIEW ON THE FUNDAMENTAL RIGHT  
TO CULTURAL IDENTITY OF INDIGENOUS  
PEOPLES IN LATIN AMERICA AND EMERGING  
CHALLENGES FOR PUBLIC POLICIES IN CHILE\*

*Juan Jorge Faundes Peñafiel\*\**

RESUMEN

Proponemos revisar panorámicamente los desafíos que presenta el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas para el ordenamiento jurídico chileno y para las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas, en particular a la luz de los principales estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

---

\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación No. 11161079 «El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en Chile, debates y problemas a la luz de la jurisprudencia conforme al Convenio N° 169 de la OIT».

\*\* Doctor en Procesos Sociales y Políticos en América Latina por la Universidad Arcis y abogado, de la Universidad Austral de Chile. Integra el Instituto de Investigación en Derecho y el Claustro del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. [juan.faundes@uautonoma.cl](mailto:juan.faundes@uautonoma.cl)

Derecho fundamental a la identidad cultural, pueblos indígenas, políticas públicas

## ABSTRACT

We propose to panoramically review the challenges presented by the fundamental right to cultural identity of indigenous peoples for the Chilean legal system, including the public policies directed at indigenous peoples, considering the main standards developed by the Inter-American Court of Human Rights

## KEY WORDS

Fundamental right to cultural identity, indigenous peoples, public policies

## I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva, cuya titularidad corresponde a las comunidades y pueblos indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática<sup>1</sup>, como es el caso de las democracias latinoamericanas, sometidas al control de convencionalidad por parte de la referida Corte. Asimismo, en la práctica y en general, la principal fuente de recepción del derecho fundamental a la identidad cultural ha sido jurisprudencial, mediante diversas modalidades hermenéuticas, encontrándose pendientes los procesos de adecuación normativa para el reconocimiento expreso de este derecho.

En consecuencia, el derecho fundamental a la identidad cultural se ha introducido en los ordenamientos latinoamericanos preferentemente por medio de la acción judicial, vía Control de

---

<sup>1</sup> «*Sarayaku vs. Ecuador*» (2012)

Convencionalidad o bajo la doctrina del Bloque de Constitucionalidad<sup>2</sup>, directo de la Corte IDH e indirecto de los tribunales nacionales, articuladamente con la progresiva ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)<sup>3</sup>.

El desarrollo progresivo del derecho fundamental a la identidad cultural en el ámbito internacional y su paralelo reconocimiento en el ámbito interno, plantean importantes desafíos para los Estados, tanto en materia de adecuación normativa como, en particular, de control de convencionalidad a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos –dado el mencionado reconocimiento que ha hecho la Corte IDH–, que lo instala como un derecho implícito en las constituciones nacionales con impactos en materia de propiedad, participación política, educación y salud indígena, protección ambiental, derecho al uso de la lengua materna, administración de justicia propia y otros importantes ámbitos normativos.

En este contexto, en el presente trabajo proponemos revisar panorámicamente los desafíos que presenta el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, para el ordenamiento jurídico chileno y para las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas, en particular, a la luz de los principales estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con este fin, primero, planteamos algunas referencias al escenario chileno y el despliegue actual de las políticas públicas, como

---

<sup>2</sup> En el derecho constitucional latinoamericano comparado, las modalidades de introducción del bloque de constitucionalidad son diversas: en países como Nicaragua (art. 89), Bolivia (arts. 30 a 33), Ecuador (arts. 56 a 60) y Venezuela (arts. 119 a 126), la Constitución integra expresamente el referido bloque de constitucionalidad; en los casos de Brasil (art. 78 N° 2), Argentina (Art. 22) y Chile (art. 5 inc. 2°), el bloque de constitucionalidad se enmarca en el Control de Convencionalidad, según lo ha resuelto la interpretación auténtica y vinculante de la Corte IDH, siguiendo la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Corte Suprema (2009a); Corte Suprema (2009b); Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (2005); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012).



marco relevante para la implementación del derecho fundamental a la identidad cultural; luego, sintetizamos aspectos teórico-normativos centrales para la comprensión del derecho a la identidad cultural; en tercer término, presentamos una síntesis normativa conforme las fuentes que recogen este derecho fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos (instrumentos universales, específicos sobre la identidad cultural, y particulares dirigidos a los pueblos indígenas); a continuación, revisamos algunos aspectos relevantes de cómo ha sido desarrollado progresivamente el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fijando un nuevo marco de obligaciones para los Estados miembros de este sistema regional, como Chile; finalmente, planteamos algunos acercamientos a la agenda pública desde el punto de vista del referido derecho fundamental a la identidad cultural a la luz, precisamente, de los estándares previamente revisados.

## 2. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE, FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL

Para revisar las políticas públicas en materia de pueblos indígenas en Chile y sus desafíos para la recepción del derecho fundamental a la identidad cultural, consideramos algunos ejes en que se ha centrado el abordaje de la cuestión indígena en Chile y la relación del Estado con el pueblo Mapuche<sup>4</sup>.

El primer eje está dado por un «enfoque de derechos humanos» en la base y transversalidad de las políticas de reconocimiento y relación con los pueblos indígenas. Un segundo eje central para la agenda pública apunta a la constante irresoluta de la política pública sobre el reconocimiento formal (jurídico-constitucional) de los pueblos indígenas, su libre determinación y su participación política. El tercer

---

<sup>4</sup> En términos generales, aunque bajo nuestra propia reformulación, recogemos los «ejes» planteados por Sebastián Donoso en la conferencia inaugural del seminario «Estado y pueblo Mapuche», Universidad Autónoma de Chile, sede Temuco, 23 y 24 de agosto de 2018.

eje se configura por las agendas pendientes en materia de tierras y territorios, la lengua y el derecho humano al agua. La cuestión de la «tierra» y los territorios constituyen conceptos por comprender en su integralidad como cuestiones centrales para las políticas indígenas y que requieren ser debatidos en cuanto concepto y, sobre todo, alcances. De forma inalienable a los territorios, se vincula la cuestión de los recursos naturales y, en especial, el derecho humano al agua y su especial perspectiva en contexto indígena (su acceso, su naturaleza de derechos humanos y el reconocimiento del uso ancestral de las aguas por los pueblos indígenas). En cuarto lugar, encontramos la cuestión de la comprensión conceptual de la «cultura» y sus diversos alcances (también normativos) en materia de educación, idioma y otros. En este sentido, se ha visualizado la importancia de ampliar el debate y las preocupaciones de la agenda pública hacia la cuestión de la lengua, como soporte vital de las culturas, lo que incide en diversos ámbitos, especialmente en materia de políticas educativas, sus planes y programas, en especial hacia el «sector indígena»<sup>5</sup>, pero que debiera expandirse a todas las comunidades educativas.

Advertimos que nos distanciamos de las ideas que conciben a la cultura como un «compartimento», como un capítulo acotado solo asociado a lengua, bailes y vestimenta tradicional, las cuales, «estrechamente» significadas y descontextualizadas, corren el riesgo

---

<sup>5</sup> La Ley General de Educación 20.370 de 2009 establece que «El sistema debe reconocer y valorar al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia». En sus artículos 28, 29 y 30 regula la enseñanza de la lengua indígena en establecimientos con presencia indígena para la educación preescolar, enseñanza básica y media. Por su parte, el Decreto No. 280 de 2009 contempla los Objetivos Fundamentales y Contenidos Mínimos Obligatorios del sector de Lengua Indígena para el nivel de educación básica y establece la obligatoriedad de implementar esta asignatura en todos los establecimientos que cuenten con una matrícula superior al 20% de estudiantes indígenas. Y la Ley 19.253, en su título IV, párrafo 2, titulado «De la educación indígena», señala (art. 32) que la Conadi, «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 educados 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».

de «folclorizar» el concepto de cultura<sup>6</sup>. Por el contrario, el derecho fundamental a la identidad cultural, transversaliza y sustenta el concepto de cultura, todo, sin perjuicio de la debida aclaración de qué entendemos por cultura<sup>7</sup>. Finalmente, de manera transversal, comprendiendo el eje precedente (concepción de la cultura), se ubica una quinta cuestión relevante, dada por el «anclaje teórico» del diseño de las políticas públicas, en particular, por el debate entre las políticas multiculturales e interculturales («multiculturalismo» e «interculturalidad»), como horizonte de la gestión pública. Dicha perspectiva es estructurante, se encuentra estrechamente vinculada al enfoque de derechos humanos indicado y de ella dependerá el grado de desarrollo y logro de la política pública en materia indígena en Chile<sup>8</sup>.

Hacemos esta breve reseña para plantear una hipótesis que conduce la investigación que desarrollamos en torno al derecho fundamental a la identidad cultural (aunque no se resolverá en este trabajo), sostenida en dos supuestos. El primero, nos indica que el anunciado debate entre multiculturalismo e interculturalidad, puede ser una discusión de conceptos vacíos y, por tanto, sin sentido; pero también, esta diferenciación conceptual, por sobre lo meramente semántico, según cómo se aborde, puede dar sentido transformador a las políticas públicas del reconocimiento de la diversidad indígena en Chile. Así, afirmaremos desde ya –aunque sin una extensa fundamentación aquí<sup>9</sup>– que las políticas interculturales, o del reconocimiento intercultural, implican una potencia transformadora de las

---

<sup>6</sup> Con esto no queremos desvalorizar la relevancia que tienen, desde el punto de vista identitario, todas las expresiones culturales. Solo advertir del sesgo del enfoque que pueda usarse. Precisamente, desde la perspectiva del derecho fundamental a la identidad cultural, destacamos las investigaciones de Susana Chacana en materia de textilería tradicional mapuche, sus significados y relevancia que tiene en la cultura de este pueblo, expuestas en el seminario de investigación Identidad Cultural UA, 8 y 9 de octubre de 2018, las cuales se incluyen en un libro colectivo de próxima edición.

<sup>7</sup> Véase, Faundes (2017a).

<sup>8</sup> Asumimos «un enfoque intercultural de los derechos humanos», que puede revisarse en nuestro trabajo Faundes (2015) y, entre otros, en Villegas *et al.* (2017) pp. 140-150.

<sup>9</sup> Véase: Faundes (2017).

políticas de reconocimiento para los pueblos indígenas. Al respecto, solo señalamos brevemente que una adecuada explicación debe, en primer término, prescindir de la nominación «multiculturalismo» o «interculturalidad», u otra que se postule nominalmente, para radicar la reflexión en el contenido, en el sentido sustantivo, en el alcance o «vigor» que tiene la respectiva propuesta o política de reconocimiento. En ese sentido, el que llamamos «reconocimiento intercultural» (pudiendo recibir otra denominación) contiene un sentido radical, supone que reconocer al otro implica no solo el acto de reconocer, sino también, necesariamente, la acción efectiva de asegurar las condiciones de existencia de ese otro sujeto –individual o colectivo– que se reconoce<sup>10</sup>. Y, por cierto, se requiere establecer, necesariamente, cuáles son dichas condiciones de existencia. Aunque, de igual forma, siguiendo a Honneth<sup>11</sup>, se debe tener muy en claro que la falta de reconocimiento o de aseguramiento efectivo de dichas condiciones de existencia, puede dar lugar a un proceso de descomposición social, de intolerancia, que, con frecuencia, se expresa en violencia. En ese sentido, desde ya cabe preguntarse por la violencia en la Araucanía y si encuadra en estos supuestos. Al respecto también nos importa advertir que no hemos planteado la violencia como un eje en sí de la agenda pública, más allá de que cíclicamente pueda centralizar las preocupaciones públicas, privadas, los debates y, en especial, la percepción medial. No se trata de desestimar su relevancia, sino de focalizar nuestro análisis en lo que, entendemos, es precedente a cualquiera de las expresiones de violencia y más allá de sus responsables específicos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Faundes (2017) 320.

<sup>11</sup> Honneth (1997) 144.

<sup>12</sup> A la fecha de edición de este trabajo murió, producto de un balazo en la nuca, el joven mapuche Camilo Catrillanca (14 de noviembre de 2018), disparado por un carabinero del GOPE (fuerza táctica especial desplegada en territorio de comunidades mapuche), lo cual ha generado un alto impacto, con remoción de autoridades civiles y policiales hasta el más alto mando, generando un escenario político complejo y aún abierto. Sin embargo, en nuestra opinión, este gravísimo hecho no altera la dinámica cíclica de violencia que se viene dando en la región (*Wallmapu* o territorio mapuche), a lo menos, desde 2000 a la fecha. Para el abordaje de la denominada «criminalización de la demanda indígena» que corresponde, precisamente, a los estudios de la relación del Estado con el

Así, por ahora, diremos que las condiciones del reconocimiento intercultural referidas: uno, son culturales, materiales, sociales (territorio, recursos naturales, agua, lengua, etcétera); dos, son normativas, es decir, están asociadas a derechos fundamentales: derechos territoriales, a los recursos naturales y al agua, al uso de la lengua materna, etcétera; y tres, el establecimiento de dichas condiciones, si bien es imprescindible, es conflictivo, es político y al mismo tiempo no puede ocurrir sin diálogo. De esta forma, el proceso de reconocimiento intercultural, en el sentido que explicamos, se trata de un diálogo «en conflicto», un binomio indisoluble de conflicto y diálogo que, con alta probabilidad, no tiene solución total<sup>13</sup>. Cuatro, asimismo se trata de un proceso social y político que se expresa jurídicamente, de tal forma que las transformaciones normativas, más que un punto de llegada o solución, son presupuestos que, de manera parcial, progresiva y concatenada, pueden dar lugar a una forma de convivencia social cada vez más simétrica, basada en acciones de reconocimiento intercultural, pero que, al mismo tiempo, no tienen resultado asegurado.

El segundo presupuesto de nuestro trabajo y que conduce al tema central de este artículo, implica que el reconocimiento intercultural (en la forma ya aclarada) ubica el derecho fundamental a la identidad cultural en la base de los derechos de los pueblos indígenas, el cual, a su vez, emana del derecho a la libre determinación de estos pueblos<sup>14</sup>, como sujetos políticos antecedentes a los propios Estados latinoamericanos<sup>15</sup>. Para abordar estos presupuestos, continuaremos

---

pueblo Mapuche desde la perspectiva policial y judicial, puede revisarse: Correa *et al.* (2010), INDH (2014), Mella (2007), Salas *et al.* (2017), Faundes (2013e).

<sup>13</sup> Donoso, en la conferencia inaugural citada (supra 1), refería a la necesidad de diálogo pero, a diferencia nuestra, no planteó la dimensión agonística del conflicto consustancial, en nuestro concepto, a dicha necesidad de diálogo, Faundes (2017c).

<sup>14</sup> Para la libre determinación seguimos el sentido que le dan los artículos 3 y 46 de la DNUDPI, en armonía con el artículo 1, No. 3, del Convenio 169 de la OIT.

<sup>15</sup> En este sentido, el Convenio No. 169 de la OIT dispone, en su artículo 1, que «El presente Convenio se aplica:

(...)

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho, de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una

el trabajo con la revisión de las fuentes que definen, explican y sostienen el derecho fundamental a la identidad cultural en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La identidad cultural se ha definido como el conjunto de referentes culturales con los que «una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido»<sup>16</sup>. Comprende dos conceptos articulados: identidad y cultura. Entonces el derecho a la identidad cultural contempla, a su vez, dos derechos: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura. El derecho a la identidad refiere al resguardo del sentido de pertenencia que un individuo tiene respecto de una determinada cultura<sup>17</sup> y, por otra parte, a la protección de la cultura a la que pertenece el sujeto, como valor en sí.

---

región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Asimismo, la Constitución de Argentina (1994) señala, en su artículo 75 No. 17, que «Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; y en Chile la Ley 19.253, en su artículo 1, dispone que «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. El Estado reconoce como principales etnias de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas 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. 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».

<sup>16</sup> Ruiz (2006) 44.

<sup>17</sup> Grimson (2010) 63-79.

Para comprender este derecho integralmente, conviene seguir la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001, que define cultura como «el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias»<sup>18</sup>.

El derecho fundamental a la identidad cultural comprende dos dimensiones, una individual y la colectiva: una como derecho individual o indirecta, que protege al individuo y su identidad en la comunidad; y una dimensión directa que resguarda a la comunidad como sujeto de derecho<sup>19</sup>. La segunda es la que se ha puesto en debate como imprescindible para el aseguramiento de los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta especialmente que la Corte IDH reconoció expresamente la naturaleza colectiva y de derecho fundamental del derecho a la identidad cultural, cuando su ejercicio corresponde a los pueblos indígenas<sup>20</sup>.

En esta línea, por una parte, la identidad cultural, como objeto de protección jurídica, no es rígida, ya que se resignifica y adecúa a lo largo del tiempo y de forma dinámica<sup>21</sup>; por otra, en el derecho a la identidad cultural subyace el interés emancipatorio y descolonizante de «revalorizar las memorias de culturas hoy marginalizadas y amenazadas, pero que mantienen vivo el sentido profundo de sus tradiciones», manteniendo su nexo vital con las culturas tradicionales, al mismo tiempo insertas en las sociedades de consumo actuales<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Unesco, «Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales», México (1982).

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05. Ruiz Chiriboga (2006) 43-69; Del Real (2014).

<sup>20</sup> Un desarrollo más extenso de los alcances y debates en torno a la perspectiva individual y la colectiva del derecho a la identidad cultural, véase en Del Real (2014).

<sup>21</sup> Faundes (2019) 56.

<sup>22</sup> Fornet-Betancourt (2010); Faundes (2019).

#### 4. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL

El derecho a la identidad cultural ha sido fruto de la transformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la profundización de los estándares de protección de las minorías culturales (principalmente étnicas y religiosas), cuyo caso más avanzado es el de la Corte IDH, que reconoció a los pueblos indígenas como titulares del derecho fundamental a la identidad cultural utilizando la doctrina hermenéutica de la interpretación evolutiva de los derechos humanos.

Sin extendernos en este trabajo, es necesario explicar brevemente que el carácter de derecho fundamental reconocido por la Corte IDH al derecho a la identidad cultural tiene el efecto de incorporarlo al bloque constitucional de derechos fundamentales normado constitucionalmente<sup>23</sup>. La consecuencia del estatus normativo de derecho fundamental, entonces, será constituir una norma imperativa para el Estado, un límite para el ejercicio de su soberanía<sup>24</sup>. El mecanismo variará conforme las respectivas fórmulas nacionales de recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en países como Nicaragua<sup>25</sup>, Bolivia<sup>26</sup>, Ecuador<sup>27</sup> y Venezuela<sup>28</sup>, la constitución integra expresamente el referido bloque de constitucionalidad. Pero en otros casos, como el de Brasil<sup>29</sup>, Argentina<sup>30</sup> y Chile<sup>31</sup>, aunque pueda haber disposiciones de reconocimiento genérico, el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas se recoge de la interpretación auténtica y vinculante de la Corte IDH siguiendo la Convención Americana de Derechos

<sup>23</sup> Nogueira (1997).

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua (2006); Nogueira (1997); Aldunate (2010).

<sup>25</sup> Art. 89.

<sup>26</sup> Arts. 30 a 33.

<sup>27</sup> Arts. 56 a 60.

<sup>28</sup> Arts.119 a 126.

<sup>29</sup> Art. 78, No. 2.

<sup>30</sup> Art. 22.

<sup>31</sup> Art. 5, inc. 2.



Humanos, que se incorpora, de manera interna, a partir de las disposiciones constitucionales de recepción de los derechos humanos internacionalmente asegurados. En este último caso, podemos considerar al derecho fundamental a la identidad cultural como un derecho implícito<sup>32</sup>, fruto de la hermenéutica evolutiva de los derechos humanos, ya que, además, el tenor literal de la Convención Americana de Derechos Humanos tampoco considera este derecho expresamente. De forma integral, este razonamiento hermenéutico es el que planteamos como un enfoque de derechos humanos aplicado a los derechos de los pueblos indígenas.

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, a partir de los cuales se ha dado desarrollo progresivo al derecho fundamental a la identidad cultural, son la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener «la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» (art. 22) y que toda persona «tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad...» (art. 27.1), que permiten sostener la emergencia del derecho fundamental a la identidad cultural, en un primer nivel amplio, universal; también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala, en su artículo 1, que «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural», lo cual se enlaza con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que dispone que «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 disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

---

<sup>32</sup> Respecto de este sentido «implícito» para los derechos fundamentales, se puede revisar Bidart Campos (2002) y Faundes (2013c).

Por su parte, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 2003) protege el patrimonio cultural inmaterial (art. 1.a) y dispone la obligación de respetar el «patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos...» (art. 1.b.), asegurando la protección del derecho fundamental a la identidad cultural<sup>33</sup>.

Dentro de los instrumentos específicos referentes a los pueblos indígenas que aseguran el derecho fundamental a la identidad cultural, encontramos la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y, con reciente data, podemos destacar la aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

La DNUDPI recoge y protege diversas expresiones y alcances del derecho a la identidad cultural. Por ejemplo, asegura el derecho a la identidad como un derecho humano de naturaleza colectiva, expresando que la identidad se forja en el sentido de pertenencia

---

<sup>33</sup> Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial:

«Artículo 1: Finalidades de la Convención: La presente Convención tiene las siguientes finalidades:

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;
- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate;
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;
- d) la cooperación y asistencia internacionales.

Artículo 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;
- b) artes del espectáculo;
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales.

3. Se entiende por «salvaguardia» las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión –básicamente a través de la enseñanza formal y no formal– y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos».

que se tiene a un grupo humano, del que como individuo se siente parte y que se sustenta en el comportamiento de un colectivo o comunidad humana<sup>34</sup>. La DNUDPI ampara el derecho a la identidad cultural cuando dispone que «Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate» (art. 9); y cuando señala que «Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas» (art. 11.1). Señala también la dnuDPI que «Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres» (art. 11.2.) y «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los estados en que viven» (art. 33.1)<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Porma (2017) 11.

<sup>35</sup> Otras disposiciones relevantes de la DNUDPI, para el derecho fundamental a la identidad cultural, son el art. 2, que prohíbe todo «tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas»; el art. 9, que asegura a los pueblos e individuos indígenas el «derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate»; el art. 11, que reconoce el (1) «derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas», y conjuntamente, establece el deber de los Estados de reparar eficazmente, y en conjunto con los pueblos indígenas, sus «bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». Finalmente, el art. 25 les asegura el «derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios,

Por su parte, el Convenio 169 OIT fundamenta y protege el derecho a la identidad cultural al establecer la obligación de respeto y garantía de «su integridad» (art. 2.1), considerando la promoción de 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» (art. 2.2.b).

En armonía con el derecho fundamental a la identidad cultural, el Convenio 169 de la OIT asegura el derecho de los pueblos indígenas a «decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural» (art. 7.1.). Conforme con ello, los gobiernos, en la aplicación del Convenio 169, «deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación» (art. 13.1).

En el plano regional americano, la Organización de Estados Americanos, con fecha 14 de junio de 2016, aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que considera el derecho a la identidad cultural como un valor transversal y en su sección tercera (arts. xiii a xix) aborda, en particular y extensamente, el derecho a la identidad cultural, tanto como categoría en sí (art. xiii) como en relación con un conjunto de derechos específicos, tales como: conocimiento tradicional, lenguaje, comunicación, educación y salud indígena, espiritualidad, familia indígena y protección del medio ambiente sano.

Finalmente, en base a las conceptualizaciones de los capítulos precedentes y recogiendo las fuentes recién revisadas, podemos

---

aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras».

definir el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas como:

El derecho de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente. Comprende el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización. Este derecho es inalienable de las tierras, territorios, recursos naturales, aguas y hábitat en general en que habitan los pueblos indígenas y sus comunidades. Y conlleva la obligación del Estado de asegurar todas aquellas condiciones indispensables para su ejercicio, materiales e intangibles, ya sean ambientales, sociales, culturales, políticas, económicas o de cualquier otra naturaleza<sup>36</sup>.

## 5. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, COMO DERECHO FUNDAMENTAL EMERGENTE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA EVOLUTIVA INTERAMERICANA

Como dijimos inicialmente, la jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido el derecho a la identidad cultural como un nuevo derecho fundamental de carácter colectivo de comunidades y pueblos indígenas a ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, que opera como presupuesto de los restantes derechos de estos pueblos<sup>37</sup>. Pero este desarrollo hermenéutico del derecho se ha cristalizado de manera progresiva a lo largo de las últimas cuatro décadas, llegando a configurarse como el núcleo articulador de lo que se ha denominado un *Corpus Juris* de derechos humanos

---

<sup>36</sup> Planteamos concepto propio habiendo tenido a la vista las definiciones planteadas por: Del Carpio (2014) 48-49; Ruiz (2006) 43-69; Fonet-Betancourt (2010) y (2009) 47-54.

<sup>37</sup> Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012).

de los pueblos indígenas<sup>38</sup>. En este sentido, la Corte Interamericana, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y recogiendo el espíritu del Convenio 169 y de la DNUDP (aunque solo en escasas oportunidades los ha citado expresamente<sup>39</sup>), ha reconocido el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas y ha establecido progresivamente sus alcances y estándares.

En este marco, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es pionera en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, así como en la sistematización y construcción de estándares normativos, presentando documentos de alto impacto para el sistema interamericano de derechos humanos<sup>40</sup>. No obstante, tanto por ser, la Corte Interamericana, el intérprete auténtico de la Convención Americana, como por el ejercicio del Control de Convencionalidad de la misma convención y, derechamente, por el carácter vinculante de sus sentencias para los Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH, será el desarrollo progresivo de su jurisprudencia la que tendrá el efecto más importante para el reconocimiento y desarrollo normativo de los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos, en particular, para el derecho fundamental a la identidad cultural en referencia.

De esta forma, presentamos a continuación una revisión jurisprudencial cronológica, considerando, primero, algunos aspectos de la etapa emergente sostenida por la CIDH y, luego, los fallos específicos sobre derechos de los pueblos indígenas de dicha Corte, en los que se observa el desarrollo progresivo del derecho a la identidad cultural a lo largo de tres décadas. De esta forma, antes de los fallos

<sup>38</sup> La idea de un *corpus juris* de derechos de los pueblos indígenas se desprende de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Su descripción puede revisarse en Aylwin *et al.* (2012).

<sup>39</sup> Por ejemplo, en el caso Sarayaku vs. Ecuador (2012), existe una referencia concreta al Convenio 169 y la DNUDPI (cons. 215). En el caso «Comunidad mayagna (sumo) awastingni» (2001), por su parte, aunque la sentencia no hace referencias expresas, el voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez refirió a la importancia de este instrumento y de otras fuentes en materia de derechos de los pueblos indígenas.

<sup>40</sup> CIDH (2010).

emblemáticos conocidos de 2001 en adelante (desde *Awas Tigni*), se venía configurando, cada vez con más nitidez, un *corpus* jurídico de derechos de los pueblos indígenas, estructurado en su base por el derecho fundamental a la identidad cultural.

De manera ejemplar, en 1970, en el caso de los «Guahibos en Colombia», la CIDH estableció que el derecho de naturaleza colectiva a la propiedad –superando el concepto de propiedad hasta esa fecha reconocido, conforme a la Declaración Americana de Derechos del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos–, conlleva derechos políticos de carácter colectivo, relacionados con la parcial autonomía de dicho territorio con relación a la jurisdicción política de los estados federales de Brasil<sup>41</sup>. Dijo la CIDH en su informe final del caso:

- (7) «Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural».
- (9) «Que la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas».

Estas consideraciones, con relación al desarrollo evolutivo de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos (CIDH y Corte IDH), nos permiten dejar instalado que, ya en 1970, tanto la CIDH como la Corte ubicaban el derecho a la identidad cultural (que aún no califican expresamente

---

<sup>41</sup> CIDH (2000, 1985).

de fundamental) en la base de los derechos de los pueblos indígenas y en un rol articulador de los restantes derechos. Claramente, a esa fecha, la CIDH ya visualiza un marco jurídico más amplio de protección de los derechos de los pueblos indígenas, aunque de forma emergente y todavía relativamente difuso, en particular con relación al respeto y valoración de sus formas de vida, costumbres, particularmente sus formas de organización familiar (en relación con la «filiación», en sentido jurídico-civil) o más bien de constitución de lazos «familiares-comunitarios». Así se evidencia la progresiva conformación del *corpus* jurídico emergente de los derechos de los pueblos indígenas que considera en su base el derecho fundamental a la identidad cultural, como será planteado progresivamente durante los años noventa<sup>42</sup> y derechamente resuelto desde 2001 en adelante por la Corte Interamericana<sup>43</sup>. Esta comprensión del derecho fundamental a la identidad cultural llegará a enlazar, de forma inseparable, el derecho a la identidad cultural con el derecho a las tierras, territorios y sus recursos naturales, como sostenedores de la propia sobrevivencia indígena, entendida en un sentido holístico, omnicompreensivo, de su dimensión subjetiva cultural<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> En 1993, la CIDH entró a conocer del caso «*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*» (Caso CIDH No. 11.129, denuncia del 5 de marzo de 1993), para emitir informe favorable el 7 de marzo de 1996, No. 7/96, e interponer demanda contra Guatemala ante la Corte en 1996 (demanda del 30 de agosto de 1996), fallada por la Corte IDH en el año 2000.

<sup>43</sup> *Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001).

<sup>44</sup> Dijo la CIDH, en el caso «*Carrie Dann con Estados Unidos*» (2002), que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas «se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección (...) la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual



Por su parte, la Corte Interamericana fue recogiendo y desarrollando las categorías jurídicas emergentes para los derechos de los pueblos indígenas que ya estaban en la agenda de la CIDH. Así, en el «Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*» (1993)<sup>45</sup>, la Corte toma en consideración «el *modus vivendi* y las prácticas culturales de los cimarrones (*maroons*) en Surinam y la costumbre del pueblo saramaca»<sup>46</sup> y, mediante un reconocimiento emergente (que se consolidará en las tres décadas siguientes), comienza a elaborar un marco para el reconocimiento de las prácticas indígenas, sus costumbres y derecho consuetudinario<sup>47</sup>, base concreta que dotará de contenido al derecho fundamental a la identidad cultural.

Aunque las citas puedan aparecer extensas, nos permitiremos su presentación en las páginas siguientes de este acápite porque las consideramos necesarias para visualizar cómo la Corte Interamericana, bajo la importante influencia de sus jueces, que van dejando asentadas sus doctrinas en sus votos particulares, va definiendo un conjunto de estándares que permiten determinar progresivamente el contenido normativo del derecho fundamental a la identidad cultural. En este sentido, el voto razonado del juez Cançado Trindade en la sentencia del Caso «*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*» (2000)<sup>48</sup>, expresó muy ilustrativamente que:

«La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no solo *espacial* –es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo–, sino también en una dimensión *temporal* –es decir, entre las generaciones que se suceden *en*

---

del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» (Cons. 128). *Mary y Carrie Dann con Estados Unidos* (2002).

<sup>45</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

<sup>46</sup> *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000).

<sup>47</sup> Con todo, un tema que hasta la actualidad (2018) la Corte IDH aún no ha resuelto expresamente corresponde al amparo de las formas de justicia indígena y jurisdicción propia, que el Convenio 169 asegura expresamente y que se entienden evolutivamente comprendidos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, la CIDH ya ha intervenido en algunos casos de esta índole, pudiendo destacar el caso de la «Comunidad Tres Islas» con Perú (2013), Corte Constitucional del Ecuador (2014).

<sup>48</sup> Sentencia del 25 de noviembre de 2000.

*el tiempo*, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto» (cons. 23) (...) la importancia de las culturas, –como vínculo entre cada ser humano y la comunidad en que vive (el mundo exterior), –en su atención unánime al respeto debido a los muertos. En medios sociales fuertemente impregnados de una visión comunitaria (...) prevalece un sentimiento de armonía entre los vivos y los muertos, entre el ambiente natural y los espíritus que lo animan. Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un «relativismo cultural», sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas» (cons. 24, negrilla es nuestra).

«Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal. Todos los avances mencionados, debidos a esta *conciencia jurídica universal*, se han dado en medio a la diversidad cultural (...) las manifestaciones culturales (al menos las que se conforman con los estándares universalmente aceptados de tratamiento del ser humano y de respeto a sus muertos) no constituyen obstáculos a la prevalencia de los derechos humanos, sino todo al revés: el *substratum* cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales –como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes– son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos» (cons. 28).

En el año 2001 se marca un punto de inflexión jurisprudencial con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso de la «Comunidad Magna (Sumo) AwasTigni» (2001)<sup>49</sup>. En esta decisión, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos

---

<sup>49</sup> Awas Tigni vs. Nicaragua (2001).

(art. 29.b de la Convención)<sup>50</sup>, ya se dan por establecidos los aspectos basales de los derechos de los pueblos indígenas que reconoce la Corte como comprendidos por la Convención Americana. En especial, se pronuncia sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas, su autonomía conceptual sobre la concepción de la propiedad registral predominante en los ordenamientos jurídicos internos nacionales y la necesidad del amparo de la propiedad indígena ancestral (territorios) dada su íntima relación con la sobrevivencia misma de estos pueblos. En este sentido, dijo la Corte que:

«(...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal (...) (cons. 148).

(...) entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras» (cons. 149).

Decíamos que el caso de Awás Tigni implica un énfasis relevante para la jurisprudencia porque, tras dicho fallo, la Corte Interamericana asume un rol activo en sus siguientes sentencias en favor de los derechos de los pueblos indígenas, reiterando su concepción de la propiedad indígena, su inseparable relación con el derecho a la vida, junto con la identidad y la integridad cultural. Además, la Corte desarrollará los derechos en materia

---

<sup>50</sup> Faundes (2013c).

de consulta indígena, derechos políticos de los pueblos indígenas, entre otros<sup>51</sup>. En este sentido, en 2005 el juez Cançado Trindade, en su voto razonado de la sentencia del caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, profundiza en su reflexión sobre el derecho fundamental a la identidad cultural<sup>52</sup>. Señaló (frente a la masacre sufrida por la comunidad y el desplazamiento forzado, que les impidió dar sepultura y conocer el paradero de sus muertos) que «el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu*» (cons. 13); que la memoria colectiva de este pueblo queda «debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos» (cons. 92)<sup>53</sup>.

Como bien explica Cançado Trindade, la Corte reconoce los daños inmateriales en estrecha relación con la identidad cultural de las comunidades del Pueblo N'djuka Maroon, valorando, por sobre la dimensión subjetiva individual, el daño colectivo comunitario respecto de los valores religiosos, particularmente respecto del valor de los muertos y ancestros y la normatividad de las tradiciones territorializadas vinculadas a ellos. De esta forma, Cançado Trindade desarrolla la categoría emergente del derecho al «proyecto de vida» y, especialmente al «proyecto de posvida», relevando la valoración jurídica fundamental de la relación entre los vivos y los muertos conforme la cosmovisión indígena, particularmente visualizada en este caso, pero presente de manera general en las visiones de los diversos pueblos indígenas de la región, que la misma Corte Interamericana ha podido conocer.

Así, con el caso de la Comunidad Moiwana la Corte Interamericana profundiza en la conexión normativa existente entre el derecho fundamental a la identidad cultural, la libertad de conciencia y

<sup>51</sup> Un gran trabajo de sistematización de la jurisprudencia interamericana puede revisarse en santolaya *et al.* (2016).

<sup>52</sup> Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam (2005) 98.

<sup>53</sup> Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam (2005) 122.

religiosa, que ya se venía reconociendo de manera emergente en los casos *Bámaca Velásquez* y de la *Comunidad Plan Sánchez*, fallados por la misma Corte entre 2000 y 2004. En este caso –*Comunidad Moiwanavs vs. Suriname* (2005)–, la Corte reafirmará la dimensión colectiva de la identidad cultural, en especial a partir del reconocimiento de un daño de carácter inmaterial, que Antonio Cançado Trindade denomina «daño espiritual», como forma especial y «agravada de daño moral» que, por su propia naturaleza, es imposible de indemnizar, pero que sí contiene innovadas formas de reparación, centradas en la búsqueda de reparación colectiva, precisamente, respecto de dicho daño espiritual de naturaleza cultural, dado por la relación continua con los muertos. En términos de Cançado Trindade, se trata de una responsabilidad, y consecuente daño, de «proyección intergeneracional» que afecta una subjetividad compleja. Se trata de «un verdadero daño espiritual que afectó, gravemente, desde su cosmovisión, no solo a los vivos, sino que a los vivos con sus muertos» (cons. 78).

En el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005)<sup>54</sup>, expresó la Corte IDH que, para garantizar efectivamente los derechos a las comunidades indígenas, «los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural» (cons. 51)<sup>55</sup>. Asimismo, reiteró su jurisprudencia –bajo la interpretación evolutiva de los derechos humanos a la luz del art. 29.b de la Convención Americana– en materia de derechos territoriales, pero especificó que la Corte tomará en cuenta «la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras (cons. 124, *supra* párr. 51)». En este sentido, declaró:

«135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha

<sup>54</sup> Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) 77.

<sup>55</sup> Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) 55.

relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural»<sup>56</sup>.

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

«148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención»<sup>57</sup>.

#### Profundizó la Corte:

«j) el vínculo humano, espiritual y cultural de la Comunidad *Yakye Axa* y de sus miembros con su tierra ancestral es profundamente sentido por ellos. La tierra ancestral de la Comunidad *Yakye Axa* y el hábitat que en esa tierra han recorrido y humanizado sus miembros configura su pasado, su presente y su futuro. Define la identidad de la Comunidad y de sus miembros y representa el lugar en donde para ellos resulta posible imaginar la materialización de un proyecto de vida respetuoso de su cosmogonía y de sus prácticas culturales.

La decisión de la Comunidad de asentarse en la vera del camino, al lado de su tierra, en espera de su restitución, expresa, en un tiempo presente, lo que esa tierra y ese territorio significan para la Comunidad *Yakye Axa* y sus miembros».

<sup>56</sup> Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay (2005) 79.

<sup>57</sup> Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay (2005) 82.

«k) el Estado no ha garantizado a la Comunidad *Yakye Axa* el retorno a su tierra ancestral y al territorio y hábitat que le son propios. De este modo, ha lesionado el profundo vínculo que existe entre la identidad de la Comunidad y de sus miembros y su tierra ancestral. El Estado ha insistido en negar la identidad de la Comunidad *Yakye Axa* y sus miembros, y lo ha hecho tratando de diluirla, primero en el Pueblo Enxet-Lengua y después en el subgrupo *Chanawatsan*. El Estado ha negado también la historia y la memoria de la Comunidad, así como el esencial sentido que para su cosmogonía y la de sus miembros tiene la relación con su tierra ancestral y su territorio. De esta forma, el Estado paraguayo ha vulnerado el derecho de la Comunidad *Yakye Axa* y de sus miembros a tener una identidad y una cosmogonía propias y, en esa medida, ha violado en perjuicio de los miembros de la Comunidad su derecho a la vida»<sup>58</sup>.

«167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia»<sup>5960</sup>.

Continuando con la línea jurisprudencial, en el caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*<sup>61</sup>, la Corte Interamericana observó que:

---

<sup>58</sup> Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) 86-87.

<sup>59</sup> Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) 90.

<sup>60</sup> Aunque extensa, hemos querido mantener esta cita de la sentencia lo más íntegramente posible, porque nos parece que este pasaje sintetiza en gran medida toda la doctrina de la Corte IDH sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

<sup>61</sup> Caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

«(...) la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general (...) implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones»<sup>62</sup>.

En relación con estos dos fallos, aunque la cuestión escapa a las pretensiones de este trabajo, es relevante destacar el voto parcialmente disidente del juez A. Abreu Burelli en la sentencia del caso referido de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay y el voto razonado del juez Cançado Trindade en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), porque, a la luz de ambos esfuerzos, es posible plantear una definición del derecho fundamental a la identidad cultural conforme la interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, que logra el desarrollo de un conjunto de estándares para este derecho. Luego de las sentencias referidas (incluyendo los votos individuales señalados), los esfuerzos de la Corte Interamericana van a recaer en la consolidación de una jurisprudencia sólida basada en el derecho fundamental a la identidad cultural, particularmente reforzando los alcances estructurantes de este derecho para la consolidación de todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con los pueblos indígenas.

Solo prospectivamente en este trabajo, referiremos a cómo Cançado Trindade aborda el entendimiento normativo del derecho fundamental a la identidad cultural en relación con el derecho a la vida. Para él, el caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) releva un binomio problemático central, dado, uno, por «la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida» y, dos, por «el derecho a la identidad cultural»<sup>63</sup>. En este sentido, explica que «los pueblos –los seres humanos en su entorno social– desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el

<sup>62</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 98.

<sup>63</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 126.



misterio de la vida. De ahí la importancia de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida»<sup>64</sup>. Asimismo, destaca la relevancia de la recuperación de sus tierras ancestrales por los miembros de las comunidades indígenas «para la protección y preservación de ‘su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*’» (párr. 13)<sup>65</sup>. Señala que el derecho a la vida posee una «vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural», porque la identidad cultural «se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión» (párr. 28). Si se les priva de sus tierras mediante el desplazamiento forzado, «se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad»<sup>66</sup>. Frente a ello, el Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir.» (párr. 30)<sup>67</sup>. En este sentido, se impone al Estado una obligación de «acción diligente», un deber de impulsar medidas y actos efectivos para salvaguardar el derecho fundamental a la identidad cultural, lo que integra, inalienablemente, la protección de sus territorios y recursos, en una comprensión amplia del derecho a la vida, en la perspectiva de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes.

En el caso del pueblo *Saramaka* vs. Surinam (2007), la Corte IDH<sup>68</sup> sostuvo que los pueblos indígenas «mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio», que «la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo *Saramaka*» (cons. 82)<sup>69</sup>, pues

<sup>64</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 127.

<sup>65</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 128.

<sup>66</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 134-135.

<sup>67</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006) 137.

<sup>68</sup> Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

<sup>69</sup> Caso Comunidad Indígena Saramaka vs. Surinam (2007) 25.

los miembros de los pueblos indígenas son titulares de los derechos a «los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo». Que de este derecho se desprende «la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo» (cons. 121)<sup>70</sup>.

Este desarrollo progresivo se extiende en el fallo del Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)<sup>71</sup>, en que la Corte agregó que «la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural (cons. 174.)<sup>72</sup>. Y que «cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad» (cons. 175). La identidad cultural tiene un contenido particular sostenido en la concepción colectiva que tienen en tanto grupos de sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan sus vidas como pueblos y comunidades<sup>73</sup>.

En resumen, la Corte IDH observó que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek sufrieron diversas afectaciones a su identidad cultural producidas, fundamentalmente, por la pérdida de su territorio y de los recursos naturales que ahí se encuentran

<sup>70</sup> Caso Comunidad Indígena Saramaka vs. Surinam (2007) 38.

<sup>71</sup> Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010).

<sup>72</sup> *Cfr.* Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, supra nota 5, párr. 135; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 118, y caso del Pueblo de *Saramaka* vs. Surinam, supra nota 16, párr. 120.

<sup>73</sup> onu, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 21, 21 de diciembre de 2009. E/C.12/GC/21.

(artículo 21.1 de la Convención en relación con su artículo 1.1), declarando que dichas «afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente ‘productiva’ de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas» (cons. 182)<sup>74</sup>.

Concluyendo este acápite, los casos más recientes de «Sarayaku vs. Ecuador» (2012)<sup>75</sup> y «Sukuro vs. Brasil» (2018)<sup>76</sup> marcarán un nuevo punto de inflexión en el reconocimiento expreso del derecho fundamental a la identidad cultural. Como anunciamos en un inicio, desde el caso «Sarayaku» en 2012, la Corte Interamericana consolida su jurisprudencia con relación al reconocimiento del derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental amparado por la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, señaló en la Sentencia del caso «Sarayaku»:

«(...) 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 [y que es] 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 por los ordenamientos jurídicos internos»<sup>77</sup>.

La lectura del considerando precedente permite visualizar cómo se consolida el derecho fundamental a la identidad cultural, en cuanto fundamento y marco de interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, corroborando nuestra segunda hipótesis, en el

---

<sup>74</sup> Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, parr. 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179, 182 de ítem VI: Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la convención americana), 44-46.

<sup>75</sup> «Sarayaku vs. Ecuador» (2012).

<sup>76</sup> «Xucuru vs. Brasil» (2018).

<sup>77</sup> «Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador» (2012).

sentido de la amplia comprensión y alcance del derecho fundamental a la identidad cultural.

Asimismo, la Corte, con sus fallos de 2012 y 2018, supera cierta dispersión en su categorización y desarrollo progresivo de este derecho, para francamente recogerlo como parte del marco estatuido en protección de los pueblos indígenas, conforme el derecho internacional de los derechos humanos y, conforme este, identificar las acciones que implican la violación de este derecho y, en consecuencia, establecer sanciones concretas contra los estados por su vulneración, considerada como un incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dijo la Corte IDH en 2012:

«Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su *supervivencia física y cultural*, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados» (la negrilla es nuestra)<sup>78</sup>.

Articulando concretamente las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte IDH señaló que su reiterada jurisprudencia ha establecido que los estados deben garantizar,

<sup>78</sup> Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) 40.

en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de comunidades y pueblos indígenas, «de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana». Conjuntamente expresó que, «para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural»<sup>79</sup>.

En el caso «Sukuro vs. Brasil» (2018), la Corte reiteró su jurisprudencia, consolidando el derecho fundamental a la identidad cultural como un derecho amparado por la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, dispuso que:

«...deberá garantizarle a los miembros de la Comunidad que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas» [y que] «el Estado debe garantizar mediante medidas efectivas «a los miembros del pueblo [*Zucuro*] que puedan seguir viviendo de manera pacífica su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones particulares».

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

---

<sup>79</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 59 a 60. En Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) 44.

## 6. DESAFÍOS DE ADECUACIÓN NORMATIVA QUE ARROJA LA RECEPCIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL PARA LA AGENDA PÚBLICA EN CHILE

Sobre las bases normativas establecidas, el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas opera como nuevo paradigma de protección dentro del ordenamiento jurídico estatal, lo que supone varias cuestiones por despejar, en especial respecto del contenido o alcance de este derecho en el ordenamiento jurídico interno y en la necesidad de su consideración en la proyección de la agenda pública de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, que presentamos en este capítulo final.

En primer término, para encuadrar este esfuerzo se requiere sintetizar los aspectos más relevantes de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al derecho fundamental a la identidad cultural<sup>80</sup>.

En segundo lugar, el estudio del proceso de reconocimiento y recepción interna del derecho fundamental a la identidad cultural nos exige identificar en qué materias el derecho fundamental a la identidad cultural ha tenido mayor impacto. En este sentido, hay que distinguir, a su vez, por una parte, las materias que para la Corte Interamericana son comprendidas por el derecho fundamental a la identidad cultural –que solo referiremos brevemente–, y, por otra, cómo ha sido efectivamente recibido este derecho en los ordenamientos jurídicos internos. Por ejemplo, en este último sentido, el derecho a la identidad cultural en los ordenamientos internos, en general, se ha circunscrito a las potestades vinculadas a la administración de justicia y resolución de conflictos<sup>81</sup>, pero también comprende otros

<sup>80</sup> No es un objetivo de este trabajo un análisis en profundidad de los estándares interamericanos. Un trabajo más exhaustivo en esta materia lo hemos presentado en el Décimo Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) 2018, los días 11, 12 y 13 de octubre de 2018, y en el seminario «El derecho fundamental a la identidad cultural, los pueblos indígenas y desafíos para una reforma al Estado», en Universidad Autónoma de Chile, sede Temuco, 8 y 9 de octubre de 2018, cuya publicación se encuentra en edición para 2019.

<sup>81</sup> Vittor (2014).

ámbitos de la cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas, tales como la participación, la representación y formas de organización tradicional, la consulta y los derechos territoriales<sup>82</sup>, aunque no siempre todas estas categorías se integran al análisis que se hace de este derecho. Este último enfoque no se abordará en este trabajo porque solo nos limitaremos a revisar los alcances del reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural para la agenda pública chilena, sobre la base de los grandes ejes descritos en el capítulo inicial<sup>83</sup>.

Así, primero, desde la perspectiva de los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte IDH (en sus sentencias y bajo la influencia de los votos individuales de sus jueces), se ha desarrollado una comprensión del derecho fundamental a la identidad cultural que, a lo menos centralmente, refiere a los siguientes aspectos: a) a la identidad cultural como derecho fundamental, con dos dimensiones, una colectiva y otra individual, cuya titularidad corresponde, respectivamente, a pueblos indígenas, sus comunidades y a los miembros de estos pueblos; b) al fundamento y el contenido del derecho fundamental a la identidad cultural, como derecho que se fundamenta en la libre determinación, que tiene una base religiosa, cultural, espiritual e inmaterial; c) un derecho ligado esencialmente a los derechos territoriales y los recursos naturales existentes en ellos; d) el derecho fundamental a la identidad cultural en tensión con la concepción privada de la propiedad y del desarrollo económico; e) el derecho fundamental a la identidad cultural inalienable del derecho a la vida en sentido amplio; y f) los alcances concretos para el Estado de la obligación de aseguramiento efectivo del derecho fundamental a la identidad cultural<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Aguilar *et al.* (2011) 13.

<sup>83</sup> Entre otros, un acercamiento específico a la recepción del derecho fundamental a la identidad cultural en materia penal, en América Latina y en Chile, en particular, puede revisarse en Faundes (2018).

<sup>84</sup> En las páginas siguientes sintetizamos el desarrollo de estos estándares, en relación, respectivamente, con cada eje de la política pública chilena ya identificado. Al respecto, dado que en el apartado cinco citamos precedentes y referimos cuidadosamente la jurisprudencia indicada, en el presente acápite, al poner en diálogo los ejes indicados de la política pública chilena con los estándares

Segundo, como decíamos, el ejercicio del derecho fundamental a la identidad cultural generará una tensión normativa, social y cultural, que nos plantea la necesidad concreta de estudiar los efectos de este derecho sobre los sistemas normativos que aún mantienen estructuras basadas en el monismo jurídico, como el de Chile. En este marco, nos interesa volver, brevemente, a los ejes centrales que inicialmente identificamos en el diagnóstico chileno de la cuestión indígena, mapuche en particular, para cruzarlos con los aspectos centrales de los estándares identificados en la jurisprudencia interamericana y para esbozar algunas reflexiones preliminares –quizás solo preguntas–, vistas desde el enfoque del derecho fundamental a la identidad cultural, conforme los estándares interamericanos indicados.

El primer eje propuesto inicialmente correspondía a un enfoque de derechos humanos en la base y transversalidad de las políticas de reconocimiento y relación con los pueblos indígenas; y el segundo eje decía relación a la demanda indígena, en particular, por reconocimiento formal (jurídico-constitucional) de los pueblos indígenas, su libre determinación y su participación política. Al respecto, como dijimos, un enfoque de derechos humanos implica, en primer término, que los derechos fundamentales asegurados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Chile, son parte del conjunto de derechos fundamentales que asegura nuestra Constitución; en segundo lugar, que, dado este proceso de integración normativa de alcance constitucional, en general, constituyen un límite para el ejercicio de la soberanía por parte del Estado. Luego, el derecho fundamental a la identidad cultural es exigible ante él y debe ser protegido por el Estado, el cual debe velar por su articulación con la normativa interna. En consecuencia, el poder del Estado contenido en dicha normativa solo puede ejercerse armónicamente con el derecho fundamental a la identidad cultural.

---

de la jurisprudencia interamericana, dicha jurisprudencia solo la recogemos conceptualmente, incorporando nuestros propios ajustes para una mejor comprensión, por lo que omitimos comillas y referencias. Pero la sola lectura, a la luz de las citas del capítulo anterior, permite establecer con facilidad las relaciones cuando corresponden.



Tercero, la referida coordinación y armonización, bajo el «enfoque de derechos humanos», debe realizarse conforme dos procesos hermenéuticos conexos: el Control de Convencionalidad (en este caso, de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Convenio No. 169 de la OIT) y la Interpretación Evolutiva de los Derechos Humanos, ambos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>85</sup>. Ello puede sintetizarse bajo la expresión de que los tratados internacionales «son instrumentos vivos» que, más allá de la literalidad de sus textos, deben ser aplicados conforme el *contexto* y los tiempos en dicha aplicación tiene lugar<sup>86</sup>.

Desde este enfoque de derechos humanos y siguiendo la jurisprudencia revisada, se deben considerar dos cuestiones. Primero, aunque existe una brecha de adecuación normativa, el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental, amparado constitucionalmente, exigible en sí. Es un derecho que tiene una doble dimensión colectiva e individual. Por ello, los pueblos indígenas, y sus comunidades, son titulares del derecho fundamental a la identidad cultural en su sentido colectivo, mientras que los miembros de los pueblos indígenas son titulares del derecho fundamental a la identidad cultural en su dimensión individual.

De esta forma, el ejercicio del derecho fundamental a la identidad cultural integra las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas en el marco del derecho nacional. La identidad y la diversidad cultural adquieren relevancia jurídica como «bienes jurídicos» a los que corresponde amparo por parte del Estado. Esta relevancia jurídica de la diversidad cultural y el respectivo derecho fundamental a la identidad cultural de pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, constituye un presupuesto para el ejercicio efectivo de los restantes derechos de los pueblos indígenas. De tal forma que el

---

<sup>85</sup> Canosa (2015). En el mismo sentido, corresponde a un estándar internacional de derechos humanos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, que opera como «una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de estos derechos para resolver los casos en el fuero nacional», Nash (2008) 73, 245-246; Martínez Bullé (2013).

<sup>86</sup> *Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001); Faundes (2013c) 326.

ejercicio de otros derechos humanos de los pueblos indígenas debe concretarse en acciones efectivas que, tanto respeten y aseguren dicha identidad cultural, como aseguren una «existencia digna» y las condiciones básicas para el ejercicio de tales derechos humanos.

Bajo el mismo enfoque de derechos humanos, con relación a su fundamento y contenido, primero, el derecho fundamental a la identidad cultural se sustenta en el derecho a la libre determinación como sujetos políticos antecedentes a los Estados. Y, al mismo tiempo, este derecho se conecta normativamente con la libertad de conciencia y de creencia religiosa. En este sentido, posee un contenido inmaterial –*espiritual*– arraigado en la dimensión colectiva del derecho. Por ello, el derecho fundamental a la identidad cultural se caracteriza por una «subjetividad compleja» que enlaza desde las cosmovisiones indígenas los elementos inmateriales de dicha cosmogonía –lo espiritual– con las vivencias concretas: «lo espiritual». Por ejemplo, como la relación de «los vivos con sus muertos». Por lo tanto, la afectación del derecho fundamental a la identidad cultural provoca un daño de naturaleza «espiritual» que afecta diversas entidades propias de la cosmogonía indígena (que pasa a tener un valor reconocido bajo este derecho a la identidad cultural). Es el caso de diversas entidades protectoras (del agua u otros espacios) o, como revisamos, de *los vivos* en relación *con sus muertos*, bajo una existencia compleja inescindible. De esta forma, la afectación de la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas considera un marco de daños inmateriales, espirituales, amparado por la Convención Americana de Derechos Humanos que se puede considerar jurídicamente como una especie de daño moral agravado. En consecuencia, la afectación del derecho fundamental a la identidad cultural (daño), por su carácter inmaterial, espiritual o moral, por su propia naturaleza, no es posible de indemnizar, pero sí, interpretando evolutivamente, se deben establecer las formas de reparación de la vulneración del derecho fundamental a la identidad cultural, adecuadas a su carácter

inmaterial, espiritual o moral, considerando de manera flexible la búsqueda de otras formas reparación colectiva<sup>87</sup>.

Los alcances precedentes, asimismo, dicen relación con el segundo eje central planteado, dado por la demanda indígena por reconocimiento formal, jurídico-constitucional, de los pueblos indígenas. Como dijimos, si bien el enfoque de derechos humanos implica la recepción directa del derecho fundamental en la Constitución («Constitución desde una perspectiva material»<sup>88</sup>), ello no obsta al proceso de reconocimiento formal en el propio texto de la Constitución. Desde este punto de vista, cualquier eventual proceso de reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, conforme se debate en la agenda pública, debe incluir en su texto el derecho fundamental a la identidad cultural, como derecho que subyace en la propia libre determinación de los pueblos indígenas (este, precedente al mismo reconocimiento) y considerar un contenido material que avance en las obligaciones de aseguramiento del derecho y adecuación normativa que venimos revisando y, en caso alguno, que signifique fijar un estándar más bajo que el ya establecido conforme la interpretación evolutiva desarrollada.

El tercer eje identificado está dado por las demandas por derechos pendientes de los pueblos indígenas, en materia de tierras y territorios, recursos naturales que existen en ellos, derecho a las aguas de uso ancestral y derecho a la lengua materna, entre otros.

Centrándonos en el aspecto territorial. En Chile, claramente, la demanda territorial indígena tiene dos grandes contextos: uno que corresponde a la demanda por recuperación de las tierras y territorios de uso ancestral perdidos a lo largo de los diversos procesos de expansión histórica sobre los territorios indígenas, inicialmente por parte de la Corona española, más tarde (desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX), por el Estado de Chile. Esta reclamación indígena es basal y la más visibilizada, porque la existencia indígena

---

<sup>87</sup> Principio de flexibilidad art. 34 del Convenio 169 de la OIT, Faundes (2013b; 2013d).

<sup>88</sup> Verdugo *et al.* (1994) 130.

misma está asociada a una base material territorial. La otra faz de esta reclamación, y correspondientes derechos, dice relación a la protección de los territorios y sus recursos naturales, con especial énfasis en las aguas de uso ancestral por pueblos y comunidades indígenas. Aunque, en general, la demanda por la recuperación de las tierras y territorios es fundamental, no necesariamente la protección de los territorios indígenas depende de dicha reparación histórica, porque en diversos casos se reclama la protección de territorios por su significancia cultural, con frecuencia asociada a espacios ambientalmente vulnerables. O bien, en otros casos la lucha indígena por la protección de sus territorios dice relación a proyectos de inversión que los afectan, sin que, necesariamente, en dichos espacios exista una reclamación histórica por dichas tierras, especialmente cuando los recursos naturales afectados o los espacios de significación cultural («ecocultural») se encuentran en tierras indígenas efectivamente tituladas registralmente por comunidades indígenas.

Así, el derecho fundamental a la identidad cultural sustenta transversalmente estos derechos a las tierras, territorios, recursos naturales, las aguas de uso ancestral y la protección de los espacios de significancia cultural. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos ampara esta significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, considerando el derecho a preservar su identidad cultural, ligada a estos espacios, y a transmitir su cultura desde este referente territorial a las generaciones futuras. Como dijimos, el derecho fundamental a la identidad cultural comprende tanto el acceso a sus tierras ancestrales, como el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran y que han usado tradicionalmente dentro de su territorio durante siglos. Estos recursos, entonces, sostienen la sobrevivencia de los pueblos indígenas y ello da sentido a la demanda al Estado por protección de los territorios de los pueblos indígenas. Asimismo, la pérdida de tierras y territorios conlleva otras afectaciones comprendidas por el derecho fundamental a la identidad cultural como: afectaciones especiales del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho a la alimentación y el derecho al acceso

a las aguas de uso ancestral. En este sentido, para los pueblos indígenas, *la tierra* significa más que una fuente de subsistencia, porque también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural del pueblo y sus miembros.

En consecuencia, la recuperación de las tierras ancestrales por los pueblos indígenas y sus comunidades, así como la protección de los recursos naturales existentes en ellas, es la base de la protección y preservación de su propia identidad cultural y de su derecho fundamental a la vida *lato sensu* (en sentido amplio).

El cuarto eje decía relación a la comprensión conceptual de la «cultura» y sus diversos alcances normativos, en especial respecto a la concepción del territorio, sus usos, el hábitat y el derecho a la vida en un sentido amplio y cosmogónicamente complejo. Desde el punto de vista desarrollado, el derecho fundamental a la identidad cultural pone en tensión la concepción hegemónica de la propiedad privada y el paradigma del desarrollo económico imperante. En este sentido, las tierras y los recursos naturales, más que medios materiales de subsistencia (que lo son), constituyen parte de la cultura de los pueblos indígenas, de su cosmovisión y religiosidad, por ende, de su identidad cultural como forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo. Desde esta perspectiva, la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento «material-espiritual» del que tienen derecho a gozar plenamente, incluyendo el derecho a preservar su legado cultural inescindible de su factor territorial y transmitirlo a las generaciones futuras. Esa relación está en la base de su identidad cultural.

En consecuencia, la pérdida de los territorios o de los recursos naturales que se encuentran en ellos, constituyen afectaciones a la identidad cultural de los pueblos indígenas conforme el artículo 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención<sup>89</sup>. Al mismo tiempo, a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y

---

<sup>89</sup> A su vez, sistemáticamente, vulnera los artículos 5, 8, 13, 14 y 15 del Convenio No. 169 de la OIT.

los propietarios particulares de las tierras reclamadas, para evitar la afectación del derecho fundamental a la identidad cultural, debe superarse la perspectiva exclusivamente *productiva* de las tierras.

El quinto eje planteado refería, transversalmente, al enfoque teórico conforme el cual se diseñan las políticas públicas en Chile, en particular, al debate entre las políticas multiculturales e interculturales, explicando nosotros los alcances transformadores de la segunda conceptualización (intercultural). Desde este punto de vista, pensar el reconocimiento de los pueblos indígenas exige situarlo radicalmente, como dijimos, en el aseguramiento de las condiciones de existencia misma de los pueblos indígenas y sus comunidades. Entonces, desde este paradigma, dicho esfuerzo conlleva entender el derecho fundamental a la identidad cultural en la más alta consideración normativa, como expresión inescindible del derecho a la vida, a la denominada sobrevivencia misma de los pueblos indígenas. Por ello, destacamos cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos concibe el derecho fundamental a la identidad cultural en un binomio normativo con el derecho a la vida, entendiendo el derecho a la vida en sentido amplio y complejo. Decimos «binomio» porque es difícil distinguir si la CIDH y la Corte IDH comprenden a la identidad cultural solo como parte del derecho a la vida, entendida ampliamente, o si los suponen como derechos conexos; o bien, si la sobrevivencia de los pueblos indígenas supone y exige, como presupuesto basal, el respeto de su identidad cultural. Para nosotros, en relación con los pueblos indígenas, el derecho fundamental a la identidad cultural es inalienable del derecho a la vida en sentido amplio. Esto es, el derecho a la vida *lato sensu*, como derecho de sobrevivencia de los pueblos indígenas, solo puede concebirse si se le entiende comprensivo del derecho fundamental a la identidad cultural como presupuesto de los restantes derechos de los pueblos indígenas.

De esta forma, la afectación de la identidad cultural implica una vulneración del derecho a la vida *-lato sensu-* de los pueblos indígenas y sus miembros. El derecho fundamental a la identidad cultural, enlazado con el derecho a la vida en sentido amplio, comprende el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a tener

una identidad y una cosmogonía propias, y ella, a su vez, se sustenta en el ejercicio efectivo de los derechos territoriales y sus recursos naturales. Algunas consecuencias de ello serán que, por ejemplo, si se priva a pueblos indígenas o comunidades de sus tierras, mediante el desplazamiento forzado (también el caso de zonas de sacrificio ambiental u otras intervenciones graves), se afecta su identidad cultural y, en último término, su propio derecho a la vida *lato sensu*, es decir, el derecho a la vida de todos los miembros de cada comunidad y pueblo indígena<sup>90</sup>.

Finalmente, los estándares planteados, en relación con las cuestiones centrales revisadas de la agenda pública en Chile relativa a los pueblos indígenas, contienen obligaciones específicas de aseguramiento efectivo del derecho fundamental a la identidad cultural por parte del Estado. Entonces, para garantizar los derechos a las comunidades y pueblos indígenas, los Estados deben tomar en consideración sus características propias, asegurando aquellas cuestiones que diferencian a sus miembros del resto de la población y que conforman el centro de su identidad cultural.

En el sentido indicado, el Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho a la vida en sentido amplio, inclusivo del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. El Estado tiene una obligación de «acción diligente», un deber de impulsar medidas y actos efectivos para salvaguardar el derecho fundamental a la identidad cultural, lo que integra, inalienablemente, la protección de sus territorios y recursos, en una comprensión amplia del derecho a la vida, en la perspectiva de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes.

Luego, entre otras cuestiones, el Estado debe resguardar el profundo vínculo que existe entre la identidad de la Comunidad y sus miembros con sus tierras ancestrales y, en consecuencia, su derecho a la vida. Para ello, cuando fuere el caso, debe garantizar el derecho a la recuperación de sus tierras perdidas históricamente y comprometerse en el retorno de la comunidad a sus tierras de uso ancestral y al resguardo del territorio y hábitat que le son propios.

---

<sup>90</sup> Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006) 134-135.

Al efecto, debe considerarse que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una sociedad democrática y pluralista (en el sentido de la Convención Americana de Derechos Humanos) es lícita la restricción que se pueda hacer al derecho a la propiedad privada de particulares, cuando fuere necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales de los pueblos indígenas. En estos casos, el pago de una justa indemnización a los terceros perjudicados es una medida proporcional y viable que puede ser considerada como alternativa<sup>91</sup>.

Los estándares fijados en materia de propiedad indígena por la Corte IDH exigen al Estado replantearse la comprensión romanística registral de la propiedad bajo un sentido autónomo de la propiedad indígena que es amparada en sí por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21)<sup>92</sup>. Bajo esta perspectiva, debiera considerarse como un avance importante en Chile el fallo del Tribunal Constitucional No. 2552-2013, que señaló que la Constitución (artículo 19, No. 24) asegura la propiedad en sus diversas especies que «no hay una sola propiedad, sino tantas propiedades como el legislador configure» y que la propiedad indígena es una de dichas formas de propiedad que, además, debe ser protegida a la luz de las obligaciones que impone el Convenio No. 169 a los Estados suscriptores.

También debe tenerse presente que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas acarrea el menoscabo de valores culturales propios de dichos pueblos y sus miembros, arriesgan perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural, tanto presente, como –en una responsabilidad intergeneracional– aquel por transmitirse a las generaciones futuras. Al mismo tiempo, frente a pueblos indígenas afectados en sus derechos territoriales, para fijar el daño inmaterial

---

<sup>91</sup> La CIDH (2010) sintetizó el conjunto de estándares en materia de derechos territoriales. Entre ellos, señaló la obligación de establecer procedimientos efectivos para la recuperación de las tierras perdidas por los pueblos indígenas, mediante mecanismos legales, sin perjuicio de resguardar los derechos de los terceros de buena fe. Hemos desarrollado estos estándares en Faundes (2015c).

<sup>92</sup> *Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001); Aguilar (2005); Faundes (2015c).



se debe tomar en cuenta la significación especial que para ellos tiene la tierra y territorios.

El Estado debe garantizar, mediante medidas efectivas, a los miembros de los pueblos indígenas que sigan viviendo de manera pacífica su forma de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, manteniendo su estructura social, sus sistemas económicos, costumbres, religiosidad y tradiciones.

El Estado debe asumir, como enfoque frente a los pueblos indígenas, que el derecho fundamental a la identidad cultural es fundamento y marco 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 Americana de Derechos Humanos, lo que se debe traducir en medidas y acciones específicas de protección de estos derechos.

## 7. CONCLUSIONES

En el contexto regional latinoamericano se ha reconocido y establecido la titularidad del derecho fundamental a la identidad cultural para los pueblos indígenas y la Corte Interamericana, progresivamente, ha ido dotando de contenido (estándares) a este derecho. Este proceso normativo hermenéutico trae diversos problemas para los Estados que mantienen, de manera rígida, el modelo del Estado-nación y sus sistemas jurídicos monistas. Esta situación es especialmente notoria en el caso de Chile, pues no se reconoce a los pueblos indígenas en el texto expreso de la Constitución y que su Tribunal Constitucional declaró inicialmente la incompatibilidad constitucional de los derechos colectivos de estos pueblos<sup>93</sup>, aunque la jurisprudencia judicial, en general, sí ha avanzado evolutivamente reconociendo el derecho fundamental a la identidad cultural desde la aplicación del Convenio No. 169 de la OIT<sup>94</sup>.

Por otra parte, afirmamos que las políticas interculturales o del reconocimiento intercultural contienen una potencialidad transformadora de

---

<sup>93</sup> Tribunal Constitucional (2000).

<sup>94</sup> Se explica este proceso hermenéutico en Aylwin *et al.* (2013) y Faundes (2013b).

las políticas de reconocimiento de derechos para los pueblos indígenas. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas es el núcleo de la referida potencialidad, por ello decimos que constituye la base de los derechos de los pueblos indígenas.

Sin que exista una oposición absoluta y en todo contexto, claramente el derecho fundamental a la identidad cultural exige al Estado preguntarse por la concepción de la propiedad, por la subjetividad indígena en dicha concepción y por el uso y goce de tierras y territorios. La cuestión más difícil dice relación con reconocer la existencia de otro paradigma, sustentado en valores culturales –espirituales–, en concepciones de la propiedad que no son las imperantes hasta ahora. De la misma forma, requiere comprender que puede haber una concepción del uso y goce de los recursos naturales armónica con dicha cosmogonía. Reconocida dicha tensión, dicha divergencia de puntos de partida, podrán pensarse políticas públicas adecuadas, en tanto se sostengan en el respeto efectivo del derecho fundamental a la identidad cultural y consideren medidas en coherencia a dicho reconocimiento.

El desafío principal para el Estado es, primero, desarrollar los mecanismos institucionales necesarios para dar efectividad al derecho fundamental a la identidad cultural, en especial considerando su sentido amplio como fundamento de los restantes derechos, considerando su comprensión inalienable del derecho a la vida (*latu sensu*) y de los derechos territoriales y a los recursos naturales, como condiciones indispensables para el reconocimiento (en un sentido intercultural) de los pueblos indígenas. Segundo, es necesario avanzar en dichos mecanismos, de tal forma de poder articular y resolver los conflictos que puedan generarse ante el reconocimiento progresivo que ha ido adquiriendo el derecho fundamental a la identidad cultural, bajo el contenido establecido con los nuevos estándares internacionales de derechos humanos que progresivamente han ido fijando las sentencias de la Corte IDH, según revisamos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar, Vladimir y Bustillos, Linda (2011): «Consensuando hábitat indígenas con áreas silvestres protegidas en Venezuela: el caso del Parque Nacional Parawata», en *Revista Venezolana de Ciencia Política*, No. 39, enero-junio 2011, ULA, 2011, 11-29, p. 13.
- Aldunate, Eduardo (2010): «La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo», *Ius et Praxis*, año 16, No. 2, pp. 185-210.
- Álvarez, M. y Cippitani, R. (2013): «Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica» (Roma, Perugia; México, ISEG).
- Aylwin, José, Meza-Lopehandía, Matías y Yañez, Nancy (2013): «Los pueblos indígenas y el derecho» (Observatorio Ciudadano, Santiago, LOM Ediciones).
- Bidart Campos, Germán (2002): «Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional», en Méndez Silva, «Derecho internacional de los derechos humanos: memoria del Séptimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional» (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 103-113.
- Bravo, Juliana (comp.) (2014): «Herramientas para la protección de los derechos humanos. Sumarios de jurisprudencia, pueblos indígenas». CEJIL, Buenos Aires.
- Correa, Martín y Mella Eduardo (2010): «Las razones del *illkun*/enojo» (Santiago, LOM Ediciones-Observatorio-Iwigia).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2010): «Derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos». Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf> [fecha de consulta: 22.11.18]
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000): «Doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre derechos indígenas (1970-1999)» (OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 20 octubre 2000), en <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.3.htm> [fecha de consulta: 09.11.18]
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1985): «Informe Brasil, 5 de marzo de 1985. Capítulo III. Resoluciones relativas a casos individuales, resolución No. 12/85, caso No. 7615», en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm> [fecha de consulta: 22.11.18]
- Del Real, Alberto (2014): «El derecho a la identidad cultural». (Pamplona, Editorial Aranzadi).

- Del Carpio Rodríguez, Columba (2014): «Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización» (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- Faundes, Juan Jorge (2018): «Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de derecho hegemónico», *Revista Izquierdas* (Scopus), No. 45, febrero 2019, pp. 51-78.
- Faundes, Juan Jorge (2017a): «Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural», en Jorge Olvera, Julio Olvera y Ana Luisa Guerrero (coords.) «Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos» (ciudad de México) Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, Miguel Ángel Porrúa Editorial), pp. 39-60.
- Faundes, Juan Jorge (2017b): «Construyendo un concepto intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, mirada crítica desde Honneth», en Gregor Sauerwald, Salas, Ricardo (eds.), «La cuestión del reconocimiento en América Latina. Perspectivas y problemas de la teoría político-social de (Axel) Honneth» (Temuco Münster, Lit Verlag), pp. 93-106, pp. 39-60.
- Faundes, Juan Jorge (2017c): «Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas». *Perfiles Latinoamericanos*, No. 49, junio de 2017.
- Faundes, Juan Jorge (2017c): «El consenso democrático de Habermas. Debates frente a la demanda por el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina», en *Filosofia, Cidadania e Emancipação*, Antonio Glaudenir Brasil Maia y Marcos Fabio Alexandre Nicolau (organizadores) (Sobral, Brasil; *Edições UVA*) pp. 102-124.
- Faundes, Juan Jorge (2015a): «Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina». *Justiça do Direito*, Vol. 29, No. 1. ISSN 1413.7038. Revista electrónica, pp. 108-130, quails B4, editada por la Universidade de Passo Fundo Brasil.
- Faundes, Juan Jorge (2015c): «Convenio No. 169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. I. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio». En «Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema». Disponible en <http://decs.pjud.cl/index.php/informes/informes-academicos/62-informes-academicos-indigena/379-tendencias-y-debates-en-materia-de-propiedad-y-derecho-al-territorio> [fecha de consulta: 22.12.18]

- Faundes, Juan Jorge (2013a): «Derechos fundamentales y derechos humanos», en Mario Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), «Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica» (Roma, Perugia, México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 181-184. Disponible en: [http://www.academia.edu/9196380/Diccionario\\_anali\\_tico\\_de\\_derechos\\_humanos\\_e\\_integracio\\_n\\_Juri\\_dica](http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_anali_tico_de_derechos_humanos_e_integracio_n_Juri_dica) [fecha de consulta: 20.12.18]
- Faundes, Juan Jorge (2013b): «Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos» En Mario Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica (Roma, Perugia, México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici) pp. 571-579. Disponible en: [http://www.academia.edu/9196380/Diccionario\\_anali\\_tico\\_de\\_derechos\\_humanos\\_e\\_integracio\\_n\\_Juri\\_dica](http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_anali_tico_de_derechos_humanos_e_integracio_n_Juri_dica) [fecha de consulta: 15.12.18]
- Faundes, Juan Jorge (2013c): «Interpretación evolutiva de los derechos humanos». En Mario Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), «Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica» (Roma, Perugia, México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 325-332. Disponible en: [http://www.academia.edu/9196380/Diccionario\\_anali\\_tico\\_de\\_derechos\\_humanos\\_e\\_integracio\\_n\\_Juri\\_dica](http://www.academia.edu/9196380/Diccionario_anali_tico_de_derechos_humanos_e_integracio_n_Juri_dica) [fecha de consulta: 13.11.18]
- Faundes, Juan Jorge (2013 d): «La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación en Chile del Convenio No. 169 de la OIT y el deber de consulta». Revista de Derecho Universidad de Concepción. No. 233-234, Año LXXXI, enero-junio / julio-diciembre 2013. pp. 195-230. Disponible en: <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=3143> [fecha de consulta: 22.11.18]
- Faundes, Juan Jorge (2013e): «Integración regional, reformas a la justicia y respeto del estándar internacional de derechos humanos en los procesos penales seguidos contra indígenas movilizados socialmente», en Álvarez, Mario y Roberto Cippitani (coord.), «Derechos individuales e integración regional (antología)», (Roma, Perugia, México, ISEG, pp. 417-476. Disponible en: [http://www.academia.edu/9196349/Derechos\\_Individuales\\_e\\_Integracio\\_n\\_regional\\_antologi\\_a\\_](http://www.academia.edu/9196349/Derechos_Individuales_e_Integracio_n_regional_antologi_a_) [fecha de consulta: 20.11.18]
- Fornet-Betancourt, Raúl (2010). Identidad. Aachen, Alemania: Setiembre, 2010, en: [http://www.casadelcorregidor.pe/colaboraciones/\\_biblio\\_Fornet-Betancourt.php](http://www.casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Fornet-Betancourt.php) [fecha de consulta: 22.12.18]
- Fornet-Betancourt, Raúl (2009): «Tareas y propuestas de la filosofía intercultural, sobre el concepto de identidad», *Concordia, Reihe Monographien Band 49*, pp. 47-54.
- Grimson, Alejandro (2009): «Culture and identity: two different notions», en: *Social Identities*, Vol. 16, No. 1, January 2010, pp. 63-79.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) (2014,): «Estudio exploratorio, Estado de Chile y pueblo Mapuche: *Análisis de las tendencias en materia de violencia estatal en la Región de la Araucanía*» (Santiago, Ediciones INDH).
- Honneth, Axel (1997): «La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos» (Barcelona, Crítica).
- Mella, Eduardo (2007): «Los mapuche ante la justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile» (Santiago, LOM Ediciones-Observatorio-Iwigia).
- Nogueira, Humberto (1997): «El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. Trigesimoséptimas Jornadas de Derecho Público», 1997. Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf> [fecha de consulta: 01.10.18]
- Porma, Carolina (2017): «El reconocimiento al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, en la jurisprudencia de los tribunales chilenos». Tesis para optar a grado de magíster en Derecho Público, Universidad Autónoma de Chile, sede Temuco. 64 pp.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2006): «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano». *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 5, año 3, pp. 43-69.
- Salas, Ricardo (2003): «Ética intercultural. Ensayos de una ética discursiva para contextos culturales conflictivos. (Re)lecturas del pensamiento latinoamericano» (Quito, Ecuador, Ediciones Abya-Yala). ISBN-10: 9978-22- ISBN-13: 978-9978-22 Disponible en [https://enriquedussel.com/txt/Textos\\_200\\_Obras/Filosofos\\_Chile/Etica\\_intercultural-Ricardo\\_Salas.pdf](https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/Filosofos_Chile/Etica_intercultural-Ricardo_Salas.pdf) [fecha de consulta: 27.11.2019]
- Salas, Ricardo y Faundes, Juan Jorge (2018): «Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)», en Ledesma, Mario (coord.), «Justicia e interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa». Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, 693-737.
- Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (1994). *Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Villegas, Mirna y Mella, Eduardo (2017): «Cuando la costumbre se convierte en ley» (Santiago, LOM Ediciones).
- Vittor, Luis (2014): «El ejercicio de la justicia indígena», en Aylwin, J. y Tamburini, J., «Convenio No. 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América latina a 25 años de su aprobación» (Copenhague, Iwigia).

## NORMAS CITADAS

- Constitución Nacional de la República Argentina (22/08/1994)  
Convenio 169 de la OIT (1989)  
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas  
(OEA, 15/06/2016)  
Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas  
(ONU, 2007)

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Almonacid Arellano con Chile (2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fallo de fecha 26 de septiembre de 2006.  
Bámaca Velásquez vs. Guatemala (2000). Sentencia de 25 de noviembre de año 2000. Voto razonado del juez Cançado Trindade.  
Comunidad indígena Moiwana vs. Surinam (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, parr. 13, del voto razonado del juez Cançado Trindade.  
Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 222, de ítem XIII: reparaciones aplicación del artículo 63.1.  
Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, parr. 124, de ítem IX: Violación del artículo 21 de la convención americana (derecho a la propiedad privada) en relación con sus artículos 1.1 y 2.  
Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol No. 103-2011, de 14 de enero de 2013.  
Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0731-10-Ep, 30 de julio de 2014, No. 113-14-Sep.  
Corte Suprema, Rol No. 7287-2009, de 30 noviembre de 2009 (a).  
Corte Suprema, Rol No. 2840-2008, de 25 de noviembre de 2009 (b).  
Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos (2002) CIDH, informe del 27 de diciembre. (Informe No. 75/02, Caso 11.140, Fondo).  
Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012). Sentencia de 27 de junio de año. Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tribunal Constitucional, Rol No. 309-2000, sentencia de 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional Rol No. 2552-2013, sentencia de 24 de diciembre de 2014.

Xucuru vs. Brasil (2018). Sentencia de 5 de febrero de 2005. Corte Interamericana de Derechos Humanos.





# DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ÁMBITO DE APLICACIÓN. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

## RIGHT TO PRIOR CONSULTATION OF INDIGENOUS PEOPLES. SCOPE OF COMPARED PERSPECTIVE

*Jhenny Rivas Alberti\**

### RESUMEN

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se enmarca en un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. Si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Convenio. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía y todos aquellos demás derechos que son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

Se plantea establecer si podemos considerar a la consulta previa como un derecho constitucional. Para ello es necesario revisar el llamado *bloque de la constitucionalidad*, entendido como el conjunto de los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Docente de la Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Dirección postal: Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Facultad de Derecho. Piso 5. 5 Poniente 1670, Talca. Chile. Dirección electrónica: [jhenny.rivas@uautonoma.cl](mailto:jhenny.rivas@uautonoma.cl)

y que remiten al derecho internacional convencional, constituyendo, así, un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento, que es la dignidad humana. En este marco, revisamos las características de la consulta previa: consentimiento previo, informado, con los representantes legítimos y tomando en consideración sus usos y costumbres, tanto por el tema a consultar como en cuanto a la forma misma de realizar la consulta.

## PALABRAS CLAVE

Consulta previa, derechos fundamentales, fórmula de consenso

## ABSTRACT

Convention 169 of the International Labor Organization is framed in a context in which states undertake to guarantee the participation of ethnic communities in decisions that affect them. To that extent, although the participation of peoples is the cornerstone of that international instrument, it is not therefore the ultimate goal of the Convention. Participation is a budget and a mechanism to safeguard subsistence, self-determination, autonomy, and all other rights that are recognized by ILO Convention 169.

It is proposed to establish whether we can consider prior consultation as a constitutional right. For this, it is necessary to review the so-called constitutionality block understood as the set of attributes and guarantees of essential or fundamental rights, insured directly by the Constitution and by the rules of express forwarding and directly established by it and that refer to International Law conventional, thus constituting a block of rights that have an indissoluble unity because of their common foundation that is human dignity. In this framework, we review the characteristics of the prior consultation: prior, informed consent, with the legitimate representatives and taking into consideration their uses and customs both for the subject to be consulted and for the manner of conducting the consultation.

## KEYWORDS

Prior consultation, fundamental rights, consensus formula

## I. ANTECEDENTES

En el ámbito internacional encontramos instrumentos específicamente dirigidos a los pueblos indígenas. Destaca entre ellos la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>1</sup> (2007) y las referencias generales, que también han sido utilizadas para desarrollar medidas a favor de los pueblos indígenas como, por ejemplo, el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en tanto que norma relativa al derecho de las minorías.

En ese marco general, cumple un rol muy relevante el Convenio 169 de la OIT, uno de los principales y más completos tratados internacionales en materia de pueblos indígenas. Hoy no existen dudas acerca de su carácter como tratado en materia de derechos humanos, y así ha sido utilizado por el sistema interamericano de derechos humanos<sup>2</sup>. En este sentido, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar, entre otros temas, el contenido mínimo del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, con base en la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>1</sup> La Declaración es el pronunciamiento más reciente e importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado, para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado.

<sup>2</sup> Nash (2014) 8.

## 1.1 El Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT se enmarca en un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular del instrumento, no es su fin último. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía y todos aquellos demás derechos que son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT<sup>3</sup>.

Al suscribir el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Chile ha adquirido el deber de llevar a cabo procesos de consulta indígena cada vez que se prevea la emisión de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar, en forma directa, a uno o más pueblos indígenas.

Así, desde el preámbulo, los Estados reconocen en el Convenio 169 *«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»*. De la misma forma, aceptan *«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»*.

El artículo 1º establece que *«los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad»*. Igualmente, ordena promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, siempre que se respete su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, tanto como sus instituciones.

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT tiene un especial interés en garantizar que las decisiones que puedan afectar los derechos de

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia T-201/17.

grupos étnicos, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo y especificado en el artículo 6° de dicho tratado.

## 1.2 *La tramitación para su aprobación en Chile*

En el año 1990, el Ejecutivo envió mensaje que iniciaba un proyecto de acuerdo destinado a aprobar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual es aprobado en la Cámara de Diputados luego de 10 años de tramitación. Una vez enviado a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, un grupo de 31 parlamentarios de la oposición presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento solicitando se declarase la inconstitucionalidad del Convenio, tanto por cuestiones de fondo como de forma<sup>4</sup>. El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento. En su análisis, recurrió a dos argumentos para que las normas cuestionadas salvaran el examen de constitucionalidad, a saber: (i) la distinción entre disposiciones autoejecutables y disposiciones programáticas; (ii) la tesis de la incompatibilidad constitucional (citando los artículos 9; 15 No. 2; 16 No. 3).

Con respecto a las llamadas normas autoejecutables, encontramos los siguientes criterios en la doctrina chilena: «*El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el Derecho Interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo*»<sup>5</sup>. Por su parte, Santiago Benadava señala que debe tomarse en consideración el contenido mismo de la norma, de manera tal que serán «*autoejecutables aquellas cláusulas que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente por los tribunales en los casos que se les presenten*»<sup>6</sup>.

En un sentido similar encontramos el concepto propuesto por Jiménez de Arechaga para normas autoejecutables: «*La estipulación*

<sup>4</sup> Donoso (2008) 5.

<sup>5</sup> Nogueira (1997a) 37.

<sup>6</sup> Benadava (2001) 42.

*de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (self-executing) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad»<sup>7</sup>.*

Es posible afirmar que existe un consenso sobre lo que es una norma autoejecutable dentro de la doctrina chilena, sin embargo, es necesario continuar indagando sobre las condiciones o presupuestos para que la norma sea, o no, autoejecutable.

A tal efecto, los criterios tomados en consideración van desde la especificidad de la redacción normativa, partiendo de una perspectiva objetiva. La autoejecutabilidad o no autoejecutabilidad se determina en esta posición, por la especificidad de la redacción normativa. En el contexto del debate nacional, se observa que Benadava conceptualiza a las disposiciones autoejecutables o no autoejecutables desde una perspectiva objetiva<sup>8</sup>.

En este sentido y a los efectos de otorgar mayor claridad a la noción de autoejecutabilidad, resulta relevante aclarar los criterios procedimentales de validez del derecho constitucional chileno en lo que respecta a los tratados internacionales. Al respecto, las normas constitucionales referidas a la incorporación de tratados internacionales en el derecho interno son el artículo 32 No. 15 y el artículo 54 No. 1. Estas normas establecen, de manera general, las potestades para la celebración del tratado y su aprobación como norma de rango legal. En el sistema chileno, por lo tanto, todo el problema de la autoejecutabilidad surge una vez incorporado el tratado en el ordenamiento interno, en una etapa posterior a su ratificación.

Para el tribunal, las disposiciones programáticas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen, esto es, que las hagan aplicables como fuente de derecho interno. Estas disposiciones se

<sup>7</sup> Jiménez (1988) 26. Así, por ejemplo, Humberto Nogueira propone de manera casi idéntica: «El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo». Nogueira (1997a), 11.

<sup>8</sup> Benadava (2001) 42.

reconocerían, según el Tribunal Constitucional, por la conjugación en futuro de sus verbos rectores: (...) *los gobiernos deberán* (...) o (...) *deberán tomarse medidas* (...). Según el tribunal, las normas programáticas no pueden ser inconstitucionales desde pronto, porque no son normas vigentes ni lo serán por obra del tratado. Solo cabría pronunciarse respecto de ellas cuando se implementen mediante la legislación futura.

En este sentido, estimamos que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de ejecución inmediata de exigibilidad automática, más aún siendo que se trata de un tratado en materia de derechos humanos: sus normas, en cuanto regulan derechos fundamentales de los pueblos indígenas, forman parte del bloque de la constitucionalidad o bloque constitucional de derechos fundamentales.

## 2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Es aceptado por la doctrina, no siempre de forma pacífica, que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Constitución, compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado *bloque de constitucionalidad* o *bloque de derechos fundamentales*, que comparten con los artículos de texto constitucional la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción *bloque de constitucionalidad* pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*<sup>9</sup>.

Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, C-067/03.



francés en cuanto dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto *normas de constitucionalidad*.

Rubio Llorente<sup>10</sup> señala que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Incluso afirma que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque «*como a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen*»<sup>11</sup>.

Aunque el concepto de bloque de constitucionalidad en la perspectiva francesa o española tiene diferencias con la concepción chilena, en virtud del contraste entre derechos y normas sobre derechos<sup>12</sup>, los efectos son similares toda vez que el bloque constitucional de derechos en Chile está constituido por atributos y garantías de derechos esenciales o fundamentales, los que se encuentran sostenidos directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente determinadas por ella y que remiten al derecho internacional convencional, formado una sólida unidad de derechos que tienen raíz común en la dignidad humana<sup>13</sup>.

La mayoría de las constituciones latinoamericanas han incorporado, además de los derechos directamente asegurados en la constitución formal, la remisión a los derechos asegurados por el derecho convencional internacional ratificado, como es el caso de las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela, para solo señalar algunas de ellas. En el caso chileno, un sector de la doctrina ha desarrollado y difundido el uso del bloque de constitucionalidad, bajo la forma del bloque constitucional de derechos<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Rubio (1989) 11.

<sup>11</sup> STC 29/1982.

<sup>12</sup> Nogueira (2015b) 311.

<sup>13</sup> Nogueira (2015b) 312.

<sup>14</sup> Nogueira (2008b) 326; Fernández (2010) 430.

Dicha concepción se incorporó a la Constitución en la reforma de 1989, que agregó al inciso segundo del artículo 5° una oración final: *«es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»*, lo que posibilitó incorporar a la Carta Fundamental material el conjunto de atributos y garantías de los derechos asegurados y garantizados que emanan de la dignidad humana asegurados en tratados internacionales ratificados y vigentes. Adicionalmente, en el caso de los estándares sobre derechos subjetivos individuales se ha sostenido que, a través del bloque de constitucionalidad, *«los sistemas normativos constitucionales perfeccionan la protección constitucional de los derechos fundamentales al incorporar a la Constitución formal, normas y prácticas jurisprudenciales desarrolladas a nivel internacional, configurando la Constitución material en relación con estos derechos»*<sup>15</sup>.

Desde un punto de vista jurisprudencial, el bloque de constitucionalidad ha recibido su consagración en diversas sentencias de tribunales latinoamericanos; destaca entre ellos el caso colombiano. El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces, en sus providencias, y los sujetos de derecho, en sus comportamientos oficiales o privados, deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados<sup>16</sup>.

Esta perspectiva también puede ser apreciada en decisiones de la Corte Suprema de Justicia chilena, al afirmar que los derechos humanos previstos en un tratado incorporado al derecho interno mediante el procedimiento constitucional previsto para ello forma parte de la constitución material y no puede ser desconocido por

---

<sup>15</sup> Nogueira (2012d) 43.

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, C-067/03.

ningún órgano del Estado: «(...) *En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mencionado artículo 5°, sino también del artículo inciso primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...)*»<sup>17</sup>.

Es por ello que, conforme a la norma de reenvío prevista en el artículo 5° constitucional, deben extenderse con rango constitucional los derechos contenidos en los tratados, convenios y pactos internacionales vigentes en Chile, en este sentido: «*debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala (...); el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...); el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: ‘(...); de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio’*»<sup>18</sup>.

El Tribunal Constitucional, entre otras sentencias, como en la identificada con el Rol No. 1340-2009, protege el derecho a la identidad, no asegurado por el texto constitucional formal, determinando

<sup>17</sup> Corte Suprema, Rol No. 3452-2006, considerando 66°.

<sup>18</sup> Corte Suprema, Rol No. 4183-06, considerando 10°.

«(...) que aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país»<sup>19</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha afirmado la aplicación inmediata de los tratados en materia de derechos humanos como parte del bloque de la constitucionalidad de derechos, incluyendo la posibilidad de su aplicación indirecta como elemento de interpretación: «Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política»<sup>20</sup>.

Con todo, en Europa y en Latinoamérica, el uso de la noción de bloque de constitucionalidad está lejos de ser pacífica. Sin embargo, podemos encontrar puntos en común con la existencia de un conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado de la constitución, pueden ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, en virtud de haber sido incorporados al texto constitucional por mandato de la propia norma suprema<sup>21</sup>. En el caso chileno, el bloque constitucional de derechos hace referencia tanto al catálogo de derechos asegurados por fuente constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos (derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados al ordenamiento jurídico chileno por vía del artículo

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Rol No 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009, considerando 9°.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 2493-13-INA, de 6 de mayo de 2014, considerando 7°.

<sup>21</sup> Arango (2006) 79.

29 literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales constituyen límites a la soberanía<sup>22</sup>.

### 3. DERECHO A CONSULTA PREVIA

Tomado en consideración el anterior análisis sobre el bloque constitucional de derechos y partiendo del derecho a la consulta previa como un derecho de rango constitucional, es necesario precisar su contenido. El derecho a la consulta previa *«consiste en la necesidad de realizar un trámite de consulta complejo y previo a la adopción de cualquier medida que afecte directamente los derechos de los pueblos étnicos. Sin surtirlo, se estará, por un lado, violando un derecho fundamental y, por otro, viciando los actos (de cualquier naturaleza) que se dieron con ocasión de esos procesos»*<sup>23</sup>. En otros términos, la consulta previa trata sobre el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente<sup>24</sup>.

Uno de los grandes obstáculos para la aplicación y evaluación de impacto del derecho a la consulta previa es la tendencia de los operadores jurídicos a simplificar la problemática, reduciéndola solamente a si se realiza o no. Con esta perspectiva simplificadora se pierde de vista que la consulta consiste en un procedimiento con distintas etapas y exigencias que constituyen, en sí mismas, una garantía. Por ello se requiere un análisis desagregado de los temas y pasos fundamentales de la consulta, y de las repercusiones que tienen para los Estados, los pueblos indígenas, el sector privado y otros actores<sup>25</sup>.

La norma matriz del derecho a consulta se encuentra en el art. 6.1, letra a) del Convenio 169 de la OIT, que establece el deber de

<sup>22</sup> Nogueira (2012d) 43.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia T-576 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada por T-704 de 2016.

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia T-201/17.

<sup>25</sup> Morris (2010) 5.

los gobiernos de: (i) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente<sup>26</sup>. Tomando en consideración el contenido de esta disposición, así como su desarrollo, tanto en el ámbito del sistema interamericano como de algunos tribunales constitucionales latinoamericanos, presentamos a continuación las características del derecho constitucional a la consulta previa.

### 3.1 *El consentimiento previo libre e informado*

El objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento *ex –antes, libre e informado–* de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten, esto es, normas, políticas, planes y programas, entre otros.

En este aspecto, es importante referirse a la diferencia entre consentimiento y consulta. Al respecto puede hacerse mención al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas en el cual se afirma: *«[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales (...) comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia»<sup>27</sup>.*

<sup>26</sup> Convenio 169 de la OIT .

<sup>27</sup> Organización de las Naciones Unidas, 15 de julio de 2009, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2.

En consecuencia, el relator especial de la ONU determinó que «[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo».

En términos jurídicos, consentimiento supone más que la sola consulta. En todo caso, el reconocimiento de la necesidad de consentimiento en circunstancias donde los pueblos indígenas puedan verse expuestos a grandes cambios que pongan en riesgo, inclusive, su subsistencia en su hábitat, requiere perfilarse bajo estas circunstancias.

Para mayor abundamiento sobre el tema podemos hacer referencia a los pronunciamientos de otros organismos internacionales, al señalar que «en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales»<sup>28</sup>.

Bajo estas circunstancias, se debe tener en cuenta que, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana obliga a los Estados miembros a garantizar, en las decisiones que se tome en torno a las reclamaciones sobre tierras indígenas, «que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente»<sup>29</sup>. Todo ello en relación al consentimiento previo libre e informado.

El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial.

<sup>29</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 27 de diciembre de 2002, Informe No. 75/02, Caso 11.140 Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), párr. 131.

<sup>30</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 135.

### 3.2 *El principio de buena fe*

El principio de buena fe significa que los pueblos indígenas deben recibir la información relevante y por completo, de tal forma que puede ser entendida por ellos. Además, debe ser llevada a cabo con la reconocida y legítima autoridad de los pueblos, que también decide en otros asuntos de la vida comunal. En los territorios indígenas, un problema fundamental es muchas veces la debida identificación de los representantes legítimos o validados por las diversas comunidades o asociaciones existentes. Si esto es así, se debe consultar a la comunidad indígena entera a través de mecanismos democráticos apropiados. «*Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo*»<sup>31</sup>. Esto implica convocar, a través de todos los medios posibles, a todas las personas de la comunidad afectada en cuestión<sup>32</sup>. El Estado tiene la obligación de identificar previamente a esta autoridad<sup>33</sup>.

A todo evento el Estado no puede abstenerse de realizar la consulta alegando defectos en la representatividad de las instituciones indígenas<sup>34</sup>. En caso de existir dudas sobre el tema de la representatividad, será el propio Estado quien, finalmente, intervenga en su determinación, sea proponiendo mecanismos de definición o, por ejemplo, en casos de impugnación judicial de ciertos representantes, decidiendo a través de los órganos competentes del Poder Judicial, cuáles serán<sup>35</sup>.

En una reclamación ante la OIT contra México, en donde el gobierno mexicano llevó el proceso de consulta con solo dos organizaciones, por considerarlas las más representativas del movimiento indígena, el Comité Tripartito designado por Consejo de Administración de la OIT para examinar dicha reclamación, observó que el Convenio habla de las «*instituciones representativas de los pueblos*

<sup>31</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 134.

<sup>32</sup> Morris (2010) 145.

<sup>33</sup> Morris (2010) 62.

<sup>34</sup> Salgado (2010) 126.

<sup>35</sup> Carmona (2013) 306.



*indígenas*» y no de las «*instituciones más representativas*»<sup>36</sup>, por lo que el proceso debió haberse llevado adelante con todas las instituciones indígenas representativas.

El propio Comité señaló en ese caso –reiterando lo expresado en otros procesos similares– que, si bien lo importante era que la institución representativa fuera resultado de un proceso llevado a cabo por los propios indígenas, era esencial también asegurar que la consulta sea realizada con instituciones que son «verdaderamente representativas de las comunidades afectadas»<sup>37</sup>.

De igual forma, en el caso Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de «consentimiento pleno e informado» requiere «como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva»<sup>38</sup>.

Resulta ilustrativa la situación planteada con la ya inexistente Comisión Ambiental de los Ríos, que realizó la calificación ambiental del «Sistema de Conducción y Descarga al mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia» en febrero de 2010. A la reunión convocada por este ente se presentaron autoridades tradicionales, dirigentes de comunidades y organizaciones funcionales indígenas, e indígenas individualmente considerados, en representación o representando intereses, cada uno, desde su propia perspectiva

<sup>36</sup> OIT, Consejo de Administración, cit. nota n. 11, párr. 101.

<sup>37</sup> OIT, Consejo de Administración, cit. nota n. 11, párr. 101. Ver también, OIT, Consejo de Administración, 282ª reunión. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2 de noviembre de 2001, GB.282/14/, párr. 44.

<sup>38</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra nota 84, párr. 142.

respecto de la realización del proyecto<sup>39</sup>. En definitiva, el estudio de impacto ambiental fue favorable. Pero la gravedad del asunto radica, en primer lugar, en que no se cumplieron con las mínimas garantías para la realización del proceso de consulta previa, entre otras la representatividad, a pesar de estar en vigencia el Convenio 169 de la OIT. Adicionalmente, en el ámbito judicial, tanto la Corte de Apelaciones de Valdivia como la Corte Suprema determinaron que la consulta no era procedente, siendo que resulta incuestionable que, ante cualquier medida legislativa o administrativa que afecte a los pueblos indígenas, debe existir un proceso de consulta previa y que este debe cumplir con los estándares internacionales fijados principalmente por el sistema interamericano.

En todo caso, el establecimiento de quienes son los representantes de los pueblos indígenas debe partir de la base de su autodeterminación, entendiendo que esta depende, en particular, de los siguientes elementos: la libre elección de la condición política y del desarrollo económico, social y cultural; la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales; la igualdad de los derechos de los pueblos; la no discriminación; la igualdad soberana de los Estados; el arreglo pacífico de las controversias; la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y en las relaciones internacionales; la abstención del recurso a la fuerza; la cooperación internacional y el respeto por parte de los Estados de sus compromisos internacionales, en particular en materia de derechos humanos. Por lo tanto, el nivel de intervención que deben tener las autoridades de los órganos del poder público debe ser el mínimo posible.

En este sentido, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anay, se ha referido a las instituciones representativas indígenas en los procesos de consulta en los siguientes términos: estas deben funcionar respetando la prescripción universal de «*eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas*», los criterios mínimos de representatividad deben establecerse en virtud de «*los principios de*

---

<sup>39</sup> Carmona (2013) 307.

*proporcionalidad y no discriminación, [y, en consecuencia] deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género»<sup>40</sup>.*

Si bien este es un valioso parámetro de interpretación acerca del tema de la representatividad a los efectos de la consulta previa, en el caso concreto siempre debe ponderarse el principio de autodeterminación frente al de mínima intervención de la actuación estatal, pues el concepto de democracia de los pueblos indígenas no tiene necesariamente que responder al que manejamos tradicionalmente.

En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, esta ha aplicado el principio constitucional de maximización de la autonomía al tratarse de un tema de relaciones internas de la comunidad, de cuya regulación depende, en gran parte, la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo<sup>41</sup>.

Sobre este aspecto, es importante mencionar que: «El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural [...], los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática»<sup>42</sup>.

Finalmente, la adecuada implementación de la participación y consulta indígena entraña un reto a los propios pueblos indígenas, quienes deberán avanzar en definir, con plena autonomía, cuáles son sus instituciones representativas, que permitan entablar un diálogo constructivo con el Estado y de esta manera concurrir a la consulta previa. Para determinar cuáles son dichas instituciones

---

<sup>40</sup> Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 24 de abril de 2009.

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia, acción de tutela, 8 de agosto de 1996T-349-96.

<sup>42</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 159.

representativas es necesario atender a los métodos con los cuales el o los pueblos susceptibles de ser afectados, toman y han tomado sus decisiones<sup>43</sup>.

### 3.3 *La participación activa y efectiva de los pueblos interesados*

La participación *activa* significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas; por su parte, que sea *efectiva* indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades intervinientes<sup>44</sup>. En este sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos: «*Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado*»<sup>45</sup>.

### 3.4 *La consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales*

La consulta no constituye un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT<sup>46</sup>, por el contrario, constituye el compromiso de realizar verdaderas consultas, donde

<sup>43</sup> Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013 – Sesión Extraordinaria 152.

<sup>44</sup> Corte Constitucional de Colombia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

<sup>45</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 135.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta. Morris (2010) 62.

los pueblos indígenas puedan expresar sus puntos de vista e influir en la decisión, para que esta sea lo más compatible posible con sus intereses<sup>47</sup>.

### 3.5 *La consulta debe ser flexible*

(v) La consulta debe ser *flexible*: debe adaptarse a las necesidades de cada asunto y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes<sup>48</sup>.

La Corte IDH ha señalado que las consultas a los pueblos indígenas «[d]eben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones»<sup>49</sup>. El carácter adecuado implica que «[l]a consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión»<sup>50</sup>.

### 3.6 *La consulta debe ser previa*

La consulta debe ser *previa* a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta). «(...) la consulta debería tener en cuenta los métodos

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

<sup>49</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 201.

<sup>50</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 202.

tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.»<sup>51</sup>; (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar *desprovistas de arbitrariedad*, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social»<sup>52</sup>.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, si bien a las comunidades étnicas no les asiste el derecho a impedir irrazonablemente la implementación de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, que les afecte de manera directa, al Estado tampoco le asiste el derecho a imponer injustificadamente sus proyectos. Cuando las negociaciones fracasan y no se puede obtener el consentimiento de las comunidades, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad y efectuarse bajo la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con respeto hacia diversidad cultural<sup>53</sup>.

El ámbito material de aplicación de la consulta no se restringe a supuestos taxativos. Eso se explica porque lejos de crear inestabilidad o inseguridad respecto de la procedencia de la consulta, la obligación de concertación se debe analizar bajo las circunstancias particulares y concretas del caso estudiado. No obstante, y a pesar de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia ha puntualizado que la consulta previa procede respecto de medidas legislativas y administrativas de carácter general o concreto, así como de políticas públicas, planes, proyectos, etcétera, que afecten directamente en los derechos de la comunidad<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 136.

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>54</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 138.

En cuanto a la determinación de si una medida afecta o no directamente a los pueblos o comunidades indígenas, encontramos los siguientes estándares internacionales: «(a) la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (b) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (c) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (d) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados»<sup>55</sup>.

#### 4. EL DERECHO A LA CONSULTA COMO DERECHO DE PARTICIPACIÓN

En el ámbito interamericano, si bien la Convención no contiene el derecho a la consulta previa, la Corte lo ha interpretado tanto como forma de participación en la dirección de asuntos públicos (artículo 23 CIDH) como base o sustento para ejercer otros derechos, tales como identidad cultural o propiedad<sup>56</sup>.

En este mismo sentido se pronunció la Corte en el caso Sarayaku, al señalar que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene, en general, un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones que, como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales, deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad

<sup>55</sup> Corte Constitucional de Colombia C-030 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. SV. Cristina Pardo Schlesinger. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla), C-371 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva, T-376/12 y T-766 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Gloria Ortiz Delgado).

<sup>56</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 201.

cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática<sup>57</sup>.

La consulta previa es una garantía imprescindible para asegurar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, en particular su derecho a la propiedad comunal y otros derechos que se desprenden directamente de su relación con la tierra.

## 5. MATERIAS PROPIAS DE LA CONSULTA PREVIA

La Corte ha señalado, en forma general, que los pueblos indígenas deben ser consultados respecto de asuntos «que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social»; esto es, una visión amplia de la obligación que no solo se limita a lo que podría considerar como una «afectación directa» y menos en una afectación que ponga en riesgo la vida de la comunidad<sup>58</sup>.

No solo debe consultarse en caso de una afectación directa respecto de la extracción de un mineral que sea culturalmente relevante para la comunidad, sino que la evaluación debe hacerse a partir de las afectaciones que pueda sufrir la comunidad respecto de su forma de vida (tomando en consideración sus hábitos y costumbres)<sup>59</sup>. Es por eso que la consulta previa que se realice debe tomar en consideración el contexto en que viven los pueblos indígenas, particularmente, la situación de vulnerabilidad de la comunidad en cuestión, ya que esta situación puede haber marcado ciertas conductas que, en un análisis descontextualizado, pudieran ser interpretadas como aprobación implícita de un proyecto<sup>60</sup>. En este sentido, la CIDH ha señalado: «el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su

---

<sup>57</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 232.

<sup>58</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 177.

<sup>59</sup> Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 177.

<sup>60</sup> Nash (2014) 31.



personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley»<sup>61</sup>.

Debe tomarse en consideración, incluso, la necesidad de consultar sobre las características del proceso de consulta mismo, teniendo presente los efectos acumulativos de la injerencia o actividades anteriores y la situación de desigualdad histórica<sup>62</sup>.

Adicionalmente, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que, a los efectos de evaluar si un asunto es importante, han de tenerse en cuenta factores tales como el punto de vista y las prioridades de esos pueblos indígenas, más la índole del asunto o de la actividad propuesta y la repercusión que puede tener en los pueblos indígenas afectados, tomando en consideración, entre otras cosas, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión<sup>63</sup>.

## 6. TIERRA, TERRITORIO Y CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El tema de la consulta previa está intrínsecamente vinculado con el de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Este vínculo se explica por dos razones básicas: (i) por la especial relación cultural, económica y espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual indica la importancia crucial del tema de la consulta previa en cualquier proyecto o medida que lo afecte, así como su relación con él y (ii) por el gran número de proyectos y medidas existentes y potenciales, sujetos a consulta previa, que son susceptibles de tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos. Por

---

<sup>61</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr.174.

<sup>62</sup> Nash (2014) 31.

<sup>63</sup> Morris (2010) 25.

esas razones, la mayoría de los pronunciamientos del derecho internacional sobre consulta previa hacen alusión a la importancia de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos y comunidades indígenas, junto a los efectos que esa relación tiene en la consulta previa y los derechos y deberes que surgen de ella<sup>64</sup>.

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios ha sido reconocido por la mayoría de los pronunciamientos de derecho internacional sobre el tema indígena y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa sobre los pueblos y comunidades indígenas, así como los efectos de la misma consulta previa<sup>65</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres y lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y, en general, todo el patrimonio cultural que se trasmite, de generación en generación, en función del entorno ambiental<sup>66</sup>.

También se han protegido aspectos espirituales de este vínculo, por ejemplo, el culto a los muertos dentro del territorio, que para la comunidad N'djuka, de Surinam, son importantes para mantener la paz y la salud entre la comunidad<sup>67</sup>.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones<sup>68</sup>. La omisión de la consulta produce la violación de otros derechos, entre ellos el llamado «derecho a los recursos naturales», tal como ha sido expresado por la Corte en la misma sentencia: «las concesiones de tierra para la explotación forestal y minera otorgadas por el

---

<sup>64</sup> Morris (2010) 25.

<sup>65</sup> Morris (2010) 25.

<sup>66</sup> Corte IDH, 17 de junio de 2005, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr.154.

<sup>67</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 135.

<sup>68</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 219.

Estado a terceros sobre el territorio que el pueblo Saramaka posee, sin haber consultado plena y efectivamente con ellos, viola el derecho a los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio»<sup>69</sup>.

En varios países de la región existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. El sistema interamericano de derechos humanos estima, en principio, legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua. Sin embargo, ello no excluye que los pueblos indígenas o tribales tengan derechos, que deben ser respetados, en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción. La jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos; tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación.

## 7. CONCLUSIONES

El Convenio 169 de la OIT se enmarca en un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía y todos aquellos derechos que son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

En determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo

---

<sup>69</sup> Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 219.

o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.

A pesar de la evidente importancia de la consulta previa y del rango constitucional que tiene en algunos ordenamientos jurídicos, bien por encontrarse expresamente previsto en la Constitución, como en el caso de Colombia, o a través del bloque de constitucionalidad de derechos, como en el caso de Chile. No obstante, sigue existiendo dispersión e incertidumbre sobre el tema. La existencia del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la onu sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), constituyen importantes hitos en esta materia. Sin embargo, aún sigue siendo escaso su adecuado desarrollo, tanto legislativo como jurisprudencial. Los avances, aunque importantes, constituyen la excepción a la regla, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hasta la sentencia líder de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, en 2008.

La consulta previa es un derecho que se ejerce a través de distintas etapas. Cada una de ellas supone la protección de una garantía particular que va desde el conocimiento anticipado de la materia, hasta el respeto de los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas en la forma, modo y tiempo de realizar la consulta o el tema de la elección de sus representantes. Por ello el problema no puede ser planteado en términos de hacer, o no, hacer la consulta.

La realización del procedimiento de consulta previa de forma garantista e idónea, abre las puertas hacia un encuentro sincero y de buena fe entre actores que están llamados a lograr acuerdos en la búsqueda del equilibrio social.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arango Olaya, Mónica (2006): «El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *Precedente-Revista Jurídica*: pp. 79-102 <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>
- Benadava, Santiago (2001): *Derecho internacional público* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

- Carmona Caldera, Cristóbal (2013): «Tomando los derechos colectivos en serio. El derecho a la consulta previa del Convenio 169 de la OIT y las instituciones representativas de los pueblos indígenas» *Ius et Praxis* [online]. 2013, Vol. 19, No. 2 [citado 30.09.18]: pp. 301-334. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122013000200009&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200009&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200009>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 75/02, Caso 11.14027, de diciembre de 2002, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos).
- Donoso Rodríguez, Sebastián (2008): «Chile y el Convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro», *Temas de Agenda Pública*, año 3, No. 16, pp. 3-11.
- Fernández González, Miguel Ángel (2010): «La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos», *Estudios Constitucionales* [online], Vol. 8, No. 1 [citado 25.09.19], pp. 425-442. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002010000100016&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100016&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100016>.
- Jiménez De Arechaga, Eduardo (1988): «La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 7, pp. 25-41.
- Morris, Meghan; Rodríguez Garavito, César; Orduz Salinas, Natalia; y Buriticá, Paula (2010): *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional* (Bogotá, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes) documentos No. 2.
- Nash Rojas, Claudio; Núñez Donald, Claudia; y Bustamante, Constanza (2014): *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142688>.
- Nogueira Alcalá, Humberto (1997): «Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno», *Ius et Praxis* [en línea], 2 [fecha de consulta: 23.07.18] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203>>.

- Nogueira Alcalá, Humberto (2008): «La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005», Estudios Constitucionales [online], Vol. 6, No. 2 [citado 25.09.19] pp. 325-370. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100011&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100011&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100011>
- Nogueira Alcalá, Humberto (2012): «El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010», Revista Chilena de Derecho. Vol. 39, No. 1, pp. 149-187.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2015): «El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia». Estudios Constitucionales [online], Vol. 13, No. 2, pp. 301-350. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>
- Organización De Las Naciones Unidas, 15 de julio de 2009, A/HRC/12/34, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.
- Rubio Llorente, Francisco (1989): Bloque de constitucionalidad, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, No. 27, pp.9-37.
- Salgado, Juan Manuel y Gomiz, María Micaela (2010): Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino, (Neuquén, Observatorio de Derechos Humanos de los pueblos Indígenas) 2ª edición.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Constitucional de Colombia C-389/16  
 Corte Constitucional de Colombia T-201/17  
 Corte Constitucional de Colombia T-576 de 2014  
 Corte Constitucional de Colombia T-704 de 2016  
 Corte Constitucional de Colombia, C-030/2008  
 Corte Constitucional de Colombia, C-067/03  
 Corte Constitucional de Colombia, C-175/09  
 Corte Constitucional de Colombia, C-371/14  
 Corte Constitucional de Colombia, T-129 de 2011  
 Corte Constitucional de Colombia, T-349 de 1996  
 Corte Constitucional de Colombia, T-376 de 2012  
 Corte Constitucional de Colombia, T-693 de 2011  
 Corte Constitucional de Colombia, T-766 de 2015

- Corte IDH, 17 de junio de 2005, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay
- Corte IDH, 27 de junio de 2012, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayakus. Ecuador
- Corte IDH, 28 de noviembre de 2007, Pueblo Saramaka. vs. Surinam
- Corte Suprema Rol No. 3452-2006, considerando 66°
- Corte Suprema Rol No. 4183-06, considerando 10°
- Tribunal Constitucional de España, stc 29/1982
- Tribunal Constitucional Rol No. 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009, considerando 9°
- Tribunal Constitucional, Rol No. 2493-13-INA, de 6 de mayo de 2014, considerando 7°

LA PECULIAR INGENIERÍA DEL PROCESO  
DE CONSULTA EN EL CONVENIO NO. 169:  
DIÁLOGO Y PERSUASIÓN

THE PECULIAR ENGINEERING OF THE  
CONSULTATION PROCESS IN THE CONVENTION  
169: DIALOGUE AND PERSUASION

*Antonio Muñoz Aunión*<sup>\*</sup>  
*Glorimar Alejandra León Silva*<sup>\*\*</sup>

RESUMEN

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es responsable de las dos únicas convenciones internacionales adoptadas para la protección de los derechos y cultura de las poblaciones indígenas y tribales: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957, No. 107, y el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169. Los conceptos y el vocabulario de los derechos humanos sobre pueblos indígenas y tribales derivan de ambos instrumentos. Sin embargo, una mirada más cercana a los desarrollos recientes nos revelará un terreno de políticas reñidas, incluso en la esfera internacional. Este análisis puntual se ha enfocado en el factor de la consulta y en las dificultades para su aplicación cabal y efectiva. Dichas dificultades están relacionadas con la ingeniería de la consulta, el lenguaje ambiguo de la OIT y los principios del estándar

---

\* Doctor en Derecho y catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Chile. [aunion@cica.es](mailto:aunion@cica.es)

\*\* Doctoranda en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. [Glorimar.leon@uautonoma.cl](mailto:Glorimar.leon@uautonoma.cl)



internacional de la consulta reconocidos internacionalmente. Al final se apunta a la necesidad de efectuar un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, adaptando la forma y el momento de la consulta; nivelar el campo de juego en términos del diseño de modalidades y mecanismos de implementación más equitativos, que permitan la inclusión de estos grupos vulnerados; y favorecer que surja y perdure un diálogo de desarrollo verdaderamente basado en los derechos de los pueblos indígenas.

### PALABRAS CLAVE

Convenio OIT, Convenio 169, representatividad, derechos de los pueblos indígenas

### ABSTRACT

The International Labor Organization (ILO) is responsible for the only two international conventions adopted for the protection of the rights and culture of indigenous and tribal populations: the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107) and the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). The concepts and vocabulary of human rights on indigenous and tribal peoples derive from these instruments. However, a closer look at recent developments will reveal a terrain of hard-fought policies even in the international sphere. In this specific analysis, we focus on the factor of consultation and the difficulties of a full and effective application. These difficulties are related to the engineering of the consultation, the ambiguous language of the ILO and the principles of the internationally recognized standard of consultation. A real effort is required to understand how cultures and traditional decision-making processes of indigenous peoples work, adapting the form and timing of the consultation to these cultures and processes. It is also necessary to level the playing field in terms of the design of more equitable modalities and implementation mechanisms that

allow the inclusion of these vulnerable groups. Finally, there is an urgent need to allow a truly rights-based development dialogue to emerge and endure.

## KEYWORDS

Convention C169, Representativeness, Rights of indigenous peoples.

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) es responsable de las dos únicas convenciones internacionales adoptadas para la protección de los derechos y cultura de las poblaciones indígenas y tribales. En concreto, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957, No. 107, y el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, que revisó y reemplazó al primero y el único que puede aún ser ratificado<sup>1</sup>.

Los conceptos y el vocabulario de los derechos humanos sobre pueblos indígenas y tribales derivan de ambos instrumentos. Por tanto, la adopción de la Declaración de Naciones Unidas de 2007 sobre los derechos de los pueblos indígenas –no es vinculante pero contiene el mayor desarrollo normativo que encontramos para la construcción de un estándar del derecho a la consulta y su alcance–, junto a las discusiones en la comunidad internacional de los derechos humanos (sobre los méritos de sus pretensiones, el impacto y la validez legal de los procedimientos para empoderar a estos grupos), hace muy relevante comprender ciertos elementos del lenguaje del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169.

Debido a la innegable influencia de estas convenciones, en relación con la fijación de ciertos estándares internacionales vinculados a

---

<sup>1</sup> Sobre el estado de ratificaciones de este Convenio puede consultarse el sitio de la OIT disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:832709779127:::P11300\\_INSTRUMENT\\_SORT:3](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:832709779127:::P11300_INSTRUMENT_SORT:3), [Fecha de visita: 11.07.2018].

los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, es común asumir que, una vez que se han negociado los referidos estándares internacionales, estos se traducen en un criterio unívoco respecto de su implementación nacional. Sin embargo, una mirada más de cerca a los desarrollos recientes revela un terreno de políticas reñidas, incluso en la esfera internacional. Esto incluye las negociaciones internacionales, en espacios como la OIT, para gestionar el alcance de temas contenciosos, como la autodeterminación indígena y el derecho a la consulta<sup>2</sup>.

En este análisis puntual solo nos detenemos en el factor de la consulta y algunos planteamientos relativos a las dificultades de una aplicación cabal y efectiva. Inicialmente se hará una revisión de la obligación de consulta, atendiendo a las previsiones del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169. Luego nos adentraremos en el análisis de las dificultades que ostenta el referido convenio, específicamente en lo relativo a la ingeniería de la consulta, el lenguaje ambiguo de la OIT y los principios del estándar internacional de la consulta reconocidos internacionalmente. Para finalizar, la revisión de estos aspectos nos permitirá apuntar a la necesidad de diálogo y persuasión como aspectos necesarios para asegurar una cabal aplicación de la consulta, entendida como núcleo del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA SEGÚN EL CONVENIO 169 DE LA OIT

Según el artículo 6 del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, y la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI), la obligación de consulta constituye una de las expresiones del derecho a la participación de los pueblos indígenas y, a la vez, se enmarca en el derecho a la autodeterminación de los pueblos. Así, los Estados tienen el

---

<sup>2</sup> Para mayor abundamiento sobre el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y el concepto de libre determinación respecto de los pueblos indígenas, véase Anaya (2005), específicamente sus capítulos 2 y 3; y Kymlicka (2007) pp. 27-55.

deber de consultar a los pueblos indígenas –de acuerdo con procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas y de buena fe– respecto de todas aquellas medidas legislativas o administrativas que sean de su interés y que les afecten o puedan afectarles directamente.

En este sentido, la consulta debe realizarse en una forma adaptada a las culturas y características etnosociales de estos grupos. Ello implica que los procedimientos de consulta deben tomar en consideración los medios tradicionales de adopción de decisiones de estos pueblos, bien a través de los Consejos de Ancianos o mediante estructuras más modernas, como la de representantes locales elegidos por la comunidad como sus legítimos representantes.

Sin embargo, pese a la aparente simpleza del lenguaje empleado en el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, desde ya vamos observando conceptos que en su aplicación plantean toda una polémica en lo que atañe a su alcance y e interpretación. En estos ámbitos –hasta la fecha– no se han alcanzado criterios unificados. Parte de ello obedece a varias razones, tales como la necesidad de inclusión de estos grupos indígenas y el lenguaje ambiguo empleado por los propios órganos de la OIT. A ellas se agregan otras circunstancias derivadas del propio texto del aludido convenio y, por último, pero no menos importante, las realidades propias de estos grupos indígenas.

En este contexto, adelantamos que tales dificultades –presentes en la ingeniería del proceso de consulta– nos llevan al meollo del tema: la necesidad del diálogo y la persuasión, junto a otras consideraciones finales.

### 3. LAS FALLAS DE INGENIERÍA EN LA CONSULTA

Es oportuno recordar que cuando nos referimos a la OIT hablamos de un organismo que, desde su creación en Ginebra, cuenta con una representación trilateral de embajadores, empresarios y trabajadores incorporados en la búsqueda de mejorar el estándar

laboral existente<sup>3</sup> y que desde 1946 forma parte de la ONU<sup>4</sup>. La OIT se fundamenta en el *principio del tripartismo*, que incluye diálogo y cooperación entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores para la formulación, adopción y supervisión de normas laborales. Como en el caso de todos los demás convenios de la OIT, los trabajadores y los empleadores juegan un papel crucial para promover y aplicar el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169. Así, la consulta es entendida bajo esta perspectiva como el núcleo del referido convenio<sup>5</sup>. Aunque la preparación del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales tuvo como uno de sus objetivos el asegurar la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales –obedeciendo ello a razones históricas, junto a ciertos estudios preparatorios<sup>6</sup>–, las organizaciones de pueblos indígenas no forman parte de los mencionados mandantes tripartitos<sup>7</sup>. Solo la incorporación en los comités de trabajadores o de empleadores permitiría que sus planteamientos sean escuchados en estas esferas.

Esta lucha por hacerse escuchar es uno de los mayores retos a los que se enfrentan estos grupos minoritarios vulnerables, dada la exclusión a la que históricamente han sido sometidos. Así, se trata de una brecha que, si bien el Convenio 169 pretende reducir a través de la incorporación de la consulta como núcleo fundamental, en la práctica desalienta, al no proveer los mecanismos prácticos para permitir la inclusión o participación expresa de estos grupos vulnerados en su seno y favorecer su participación en el diálogo de la OIT.

#### 4. EL LENGUAJE AMBIGUO DE LA OIT Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO DE LA CONSULTA

El Comité de Expertos de la OIT, compuesto por 20 juristas llamados a proporcionar una evaluación imparcial y técnica del estado de aplicación de las normas internacionales del trabajo, ha

<sup>3</sup> Laurence (2006) 679-681.

<sup>4</sup> Mereminskaya (2011) 217.

<sup>5</sup> Cfr. OIT (2001).

<sup>6</sup> Leary (1999) 17.

<sup>7</sup> Leary (1999) 18.

enfaticado repetidamente la importancia del derecho a la consulta. El lenguaje del comité puede parecer *diplomático e indirecto*, pero puede disfrazar campos de batalla más profundos, ocasionalmente en erupción.

En 2009, la Comisión de Expertos de la OIT solicitó al gobierno peruano suspender la exploración y explotación de los recursos naturales que afectan a los pueblos protegidos por el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169. Esta suspensión fue solicitada hasta que la participación y consulta de los pueblos interesados se asegurase a través de sus instituciones representativas, en un clima de pleno respeto y confianza, de conformidad con la referida Convención<sup>8</sup>.

Considerando que la mitad de las comunidades campesinas en el altiplano se superponen con las concesiones mineras y que tres cuartas partes del Amazonas están cubiertas por concesiones petroleras, las implicaciones de este pronunciamiento fueron enormes. Aunado a ello, la naturaleza vinculante –inclusive con estatus constitucional, en algunos casos– de la ratificación del Convenio 169, contribuye a la significación jurídica de tales solicitudes. En los sistemas jurídicos que siguen la tradición monista, común en América Latina, los tratados internacionales ratificados forman parte de la legislación nacional y, para la comunidad internacional, demostrar un efectivo cumplimiento del Convenio 169 se ha convertido en un indicador del buen comportamiento aceptado internacionalmente. Por ello, las reacciones a dicho pronunciamiento no se hicieron esperar.

En 2010, los representantes de los empleadores de la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia sostuvieron que tales solicitudes no tenían una base en la Convención y, por ende, debían eliminarse lo antes posible, ya que el Comité de Expertos no era

---

<sup>8</sup> «(...) suspend the exploration and exploitation of natural resources which are affecting the peoples covered by the Convention until such time as the participation and consultation of the peoples concerned is ensured through their representative institutions in a climate of full respect and trust, in accordance with Articles 6, 7 and 15 of the Convention», CEACR (2009).

un tribunal de justicia y no podía solicitar el cese de la actividad económica en la referida zona peruana<sup>9</sup>.

Este fue un mensaje claro de que el Comité de Expertos debería *mantenerse al margen*. Se trató de una evidente reacción a su creciente influencia en términos de centrar la atención en las violaciones –especialmente de los derechos indígenas– a la consulta, en el contexto de los derechos a la tierra y los recursos naturales. La fuerza de la reacción recordó las respuestas brasileñas en 2011, ante el sistema interamericano de derechos humanos, oportunidad en la que se le solicitó a Brasil que detuviera la construcción de la presa de Belo Monte.

Por su parte, la Organización Internacional de Empleadores (OIE) también alentó al Comité a cumplir estrictamente su mandato técnico y ejercer la debida moderación. El desafío a la supervisión de la OIT fue aún más allá y se refirió a la política discursiva sobre el texto mismo de la Convención, en particular en relación con la forma en que debe interpretarse el significado jurídico de la consulta en proyectos de recursos y desarrollo. En particular, implicó intentos de impugnar el requisito del consentimiento, la necesidad de construir un acuerdo y el posible derecho de veto. En 2011, el Comité de Expertos respondió con un comentario general de que «la consulta tenía el objetivo de llegar a un acuerdo o consentimiento a las medidas propuestas (...). Al mismo tiempo, tales consultas no implicaban un derecho de veto, ni el resultado de tales consultas era necesariamente el alcance de un acuerdo o consentimiento»<sup>10</sup>.

En la práctica, tales aclaraciones legalistas limitaron los espacios de reclamo indígena. No es de extrañar que los empleadores respondieran al comentario general y se sintieran *complacidos* de ver que los expertos habían confirmado los puntos de vista de los miembros empleadores de que las consultas no requerían acuerdo o consenso con las personas consultadas<sup>11</sup>. Además, la Comisión de Expertos

<sup>9</sup> OIT (2010) párr. 54.

<sup>10</sup> Ver OIT (2011).

<sup>11</sup> Ver OIT (2011).

había declarado que no era un tribunal de justicia y que, como resultado, no podía emitir mandamientos o medidas provisionales.

Esta situación redujo el margen interpretativo de las disposiciones sobre la consulta, reforzando una interpretación minimalista de la Convención, limitando sus posibles implicaciones, la acción supervisora y las salvaguardas internacionales de los derechos indígenas a la autodeterminación. Esto fue el resultado de un proceso combinado de juridificación e institucionalización, que dio lugar a cuestiones legales de alcance: lo que se consideraba obligatorio (proceso consultivo) y lo que se consideraba un posible resultado (consentimiento y convocatoria de acción correctiva). En efecto, el propio texto de la Convención se limita a hablar del *objetivo de lograr un acuerdo o consentimiento*, sin afirmar que dicho acuerdo o consentimiento es un requisito *per se*<sup>12</sup>.

Esta interpretación se consolidó en el discurso autorizado de las orientaciones de la OIT y aunque compagina perfectamente con los rituales indígenas<sup>13</sup>, es discutiblemente problemático. No debe olvidarse que durante el proceso de redacción de la Convención se tomó una decisión deliberada para anticipar y preparar el terreno para normas más estrictas en otros foros internacionales<sup>14</sup>. Esto lógicamente implicaría utilizar la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUPI) como base para las disposiciones de consulta, en lugar de retroceder a las reservas expresadas por los Estados en 1989, al tiempo que confirma una interpretación reduccionista.

## 5. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA CONSULTA

Por su parte, los principios del estándar internacional de la consulta reconocidos internacionalmente señalan que esta debe ser *libre*, sin coerción, intimidación o manipulación alguna; *previa* a cualquier

<sup>12</sup> Swepston (2015) 245.

<sup>13</sup> Anaya (2015) 20, 21.

<sup>14</sup> Swepston (1990) 678, 679.



autorización e inicio de actividades y respetando los tiempos de los procesos indígenas de consulta; *informada*, para dar a conocer los alcances de la medida consultada; *de buena fe*, generando un diálogo y confianza genuinos entre las partes, y *dirigida a obtener un consenso* de todas las partes involucradas<sup>15</sup>. Pero ¿cómo se traduce esto en la práctica?

El Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente; pero, por otra parte, los órganos de control de la OIT han manifestado claramente que una simple reunión informativa en la que se escucha a los pueblos indígenas, sin posibilidades de que influyan en la adopción de decisiones, no puede considerarse que cumple con las disposiciones del Convenio en lo relativo a la consulta<sup>16</sup>. Entonces, ¿cómo se pueden conciliar estas dos posiciones para alcanzar el requisito del consentimiento necesario en la consulta, sobre todo en los casos en los que el proceso de consulta fue concluido sin

<sup>15</sup> Artículo 6 del Convenio 169: «1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas»; y Artículo 7.1 del Convenio 169: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente».

<sup>16</sup> OIT (2013) 17.

acuerdo o consentimiento, pero en la que la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad?

Aquí es oportuno señalar que el Convenio 169 hace referencia los *pueblos indígenas y tribales*, una denominación común<sup>17</sup> para más de 370 millones de personas que se encuentran en más de 70 países del mundo, siendo oportuno mencionar que estos pueblos constituyen aproximadamente el 5% de la población mundial y el 15% de los pobres en el mundo<sup>18</sup>. Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en todas las regiones del mundo, desde el Ártico hasta los bosques tropicales. Así, la definición universal de pueblos indígenas y tribales presenta problemas conceptuales<sup>19</sup>.

Siendo esto así, ¿cuál sería el procedimiento de consulta a emplear en atención a las particularidades de cada población indígena? El Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, estipula que los pueblos indígenas deben ser consultados a través de sus instituciones representativas. Tomando en cuenta las características del país, las especificidades de los pueblos indígenas y el tema y el alcance de la consulta, se puede determinar cuáles son las instituciones representativas. Dependiendo de las circunstancias, la institución apropiada puede ser representativa a nivel nacional, regional o comunitario; puede ser parte de una red nacional o puede, incluso, representar a una única comunidad. El criterio importante

---

<sup>17</sup> Acorde al artículo 1º del Convenio 169, este se aplica: «a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

<sup>18</sup> Disponible en <http://www.un.org/es/globalissues/indigenous/> [Fecha de consulta: 02.08.18].

<sup>19</sup> Stavenhagen (1995) 109-128.

es que la representatividad debe determinarse a través de un proceso del que hagan parte los mismos pueblos indígenas.

Esto también implica que una institución indígena no puede reclamar representatividad sin identificar claramente a sus miembros y su responsabilidad hacia esos miembros. En algunos casos, la supuesta falta de representatividad de una determinada institución se impugnó ante los tribunales, o fue señalada ante los órganos de control de la OIT, instancia que ha señalado que la consulta no se encamina dentro de los términos del convenio si no se logra la consulta con las organizaciones representativas de estos pueblos<sup>20</sup>. Cuando se impugna la representatividad o en circunstancias en las que diversas instituciones se impugnan mutuamente, la identificación de una única institución representativa puede resultar imposible. Cuando se realizan consultas nacionales amplias, existe la necesidad de adoptar un enfoque incluyente, que permita la participación de diversas expresiones organizacionales. Cuando se realizan consultas más específicas, su alcance depende de la naturaleza de los estudios de evaluación de impacto previstos en el Artículo 7(3) del Convenio. Para garantizar que las instituciones concernidas sean representativas hay que, ir en algunos casos, más allá de las instituciones tradicionales. Por ejemplo, el Convenio 169 requiere que sus disposiciones se apliquen de manera igualitaria a hombres y mujeres, pero en algunos casos las mujeres indígenas no participan en los procedimientos tradicionales. Si las instituciones consultadas no son consideradas como representativas por los pueblos que dicen representar, la consulta puede carecer de legitimidad.

## 6. CONCLUSIONES

Es necesario que los gobiernos reconozcan a las organizaciones representativas y ambas partes deben procurar llegar a un acuerdo, efectuar negociaciones genuinas y constructivas, evitar demoras injustificadas, cumplir con los acuerdos pactados y ponerlos en práctica de buena fe. Además, los gobiernos deben garantizar que

---

<sup>20</sup> Ver OIT (2014).

los pueblos indígenas cuenten con toda la información pertinente y puedan comprenderla en su totalidad. Debe dársele tiempo suficiente para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones adoptadas, de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales. Por lo tanto, la consulta conlleva a menudo al establecimiento de un *diálogo intercultural*. Esto significa que se ponga un real esfuerzo para entender cómo funcionan las culturas y los procesos tradicionales de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, adaptar la forma y fijar el momento oportuno de la consulta a dichas culturas y procesos.

En tal sentido, nos surge la siguiente interrogante: ¿cómo contribuye el Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales a la difícil situación poscolonial de los pueblos indígenas y al desarrollo según el derecho internacional? Desde una perspectiva, el instrumento reconoce a los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos en un conjunto vinculante de normas mínimas con un alcance «indirecto», mucho más allá de los países donde se ratifica la convención. Los estándares internacionales son importantes para el reconocimiento externo de la agencia política indígena: la cuestión para la negociación se refiere a los límites de estas nuevas subjetividades políticas. Aunque a menudo esta ponencia se enmarca en términos de una brecha de implementación, lo que aquí se sugiere es que se preste *atención urgente a la práctica real* de implementación del convenio en lo que atañe al procedimiento de la consulta. Sea a nivel nacional o internacional, los esfuerzos para, respectivamente, minimizar o maximizar la importancia de la Convención son parte del juego, lo que reviste importancia ya que las nuevas formas de gobernanza pueden conducir a una reducción de los espacios de la política democrática. Los enfoques instrumentales para nuevas formas de consulta y consentimiento, por ejemplo, parecen tener un riesgo significativo respecto de reducir el espacio de reclamo.

En cualquier caso, este instrumento no puede ser tomado en forma individual, sino considerado como parte de un todo y no como un fin en sí mismo. Ello es así porque dicho convenio tiene como objetivo final garantizar estructuras políticas y jurídicas que

acaben con la vulnerabilidad de grupos humanos tradicionalmente discriminados. En consecuencia, este instrumento permite cierto empoderamiento, junto al trato del hecho jurídico de forma cercana. Esto permitirá la aparición de otros espacios. Entre ellos, el denominado *patrimonio inmaterial*, que tiene que ver con calidades de estos pueblos que quedaban fuera de la mercantilización y que hoy son espacios protegidos sobre los que se construyen sus identidades; y que, además, favorecen sectores como el del turismo, más allá de los recursos naturales sobre los que se asientan, evitando la desaparición de formas de vida y de idiomas que en otro tiempo hubieran quedado extintos. Esto no hubiera sido posible sin las capacidades de concienciación del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169.

Por otra parte, la experiencia transcurrida a más de tres décadas desde su entrada en vigor, nos lleva a preguntarnos: en el estado actual de las relaciones internacionales, ¿corresponde todavía a la OIT un papel tan predominante en la profundización de las relaciones dentro de los Estados pluriculturales? También hemos de cuestionarnos sobre la conveniencia de llevarlo a un sustrato superior en el seno de agencias especializadas de Naciones Unidas y de este modo hacer una reforma *ad intra* del sistema onusiano, refractario a toda revisión orgánica, más acorde con la situación contemporánea lejana al momento de la redacción de la Carta de San Francisco. Sin quitar mérito a los trabajos llevados a cabo hasta la fecha, consideramos que la especialización de la gobernanza y el empoderamiento hacia el equilibrio cultural y social de los pueblos por la globalización hace necesario un paso adelante en línea con los objetivos de la Agenda 2030, como continuación de los Objetivos del Milenio. A través de una adaptación del derecho internacional a la contemporaneidad se gana la batalla al populismo y al dogmatismo que poco hace por un avance racional de la sociedad civil, con un organismo que, desde su creación en Ginebra, cuenta con una representación trilateral de embajadores, empresarios y trabajadores, en la que resulta difícil que los pueblos originarios se encuentren debidamente representados.

Mirando hacia el futuro, al menos tres cuestiones nos vienen a la mente en términos de política de desarrollo futuro. En primer lugar, es necesario un debate más transparente y equitativo sobre la mejor manera de interpretar los principios y disposiciones del Convenio de Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, No. 169, específicamente en lo relativo al núcleo de este Convenio, es decir, la consulta. En segundo lugar, existe una clara necesidad de nivelar el campo de juego en términos del diseño de modalidades y mecanismos de implementación más equitativos, que permitan la inclusión de estos grupos vulnerados. En tercer lugar, existe una necesidad urgente de detener las dinámicas actuales que criminalizan la voz y la protesta indígenas, permitiendo que surja y perdure un diálogo de desarrollo verdaderamente basado en los derechos.

En este orden de ideas, no podemos olvidar la especial relevancia de la Agenda 2030, como un elemento principal a los efectos de un consentimiento informado. Los Estados tienen que aplicar en sus políticas públicas la inclusión de los objetivos de desarrollo sustentable y muchos de ellos serán efectivos en lugares donde la *civilización / progreso* aún no ha llegado, por lo que los recursos naturales se encuentran en un estado prístino. Solo a través de la difusión de información se alcanzará un desarrollo integral y sustentable, que, además empujará a otras sociedades, por cuanto lo contrario sería equiparable a infringir las leyes del comercio justo y acabar en todo tipo de políticas de *dumping* que quiebran la confianza en el sistema de intercambios comerciales existentes en el mundo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Anaya, James (2005): *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Madrid, Editorial Trotta, segunda edición).
- Anaya, James (2015): «Is an optional protocol required in relation to the un declaration on the rights of indigenous peoples?», *Cultural Survival Quarterly*, vol. 39, pp. 20-21.
- Kymlicka, Will (2007): *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity* (Oxford University Press, Nueva York).

- Laurence, Helfer (2006): «Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ilo», *Vanderbilt Law Review*, No. 59, pp. 649-726.
- Leary, Virginia (1999): *La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas* (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Mereminskaya, Elina (2011): «El Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas», *Estudios Públicos*, No. 121, pp. 217-276.
- Stavenhagen, Rodolfo (1995): «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*, vol. 3, pp. 109-128.
- Swepston, Lee (1990): «A new step in the international law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989», *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, pp. 678-710.
- Swepston, Lee (2015): «Development of the ilo Conventions» en VV. AA. (editores), *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application* (Kautokeino & Copenhagen, Gáldu & iwgia).
- OIT (2001): «Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169)». Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507219,es:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507219,es:NO) [Fecha de consulta: 01.07.2018].
- OIT (2001): «Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169)». Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507223,es:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223,es:NO) [Fecha de consulta: 02.07.2018].
- OIT (2009): «CEACR Observation adopted 2009, published 99th ILC session (2010) Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) – Peru» Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2307227](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2307227) [Fecha de consulta: 01.07.2018].
- OIT (2010): «Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations. Report of the Committee on the Application of Standards» Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_141870.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_141870.pdf) [Fecha de consulta: 02.07.2018].

- OIT (2011): «ILC.100/III/1A, International Labour Conference, 100th Session, 2011» Disponible en [https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/reports-submitted/WCMS\\_151556/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/reports-submitted/WCMS_151556/lang--en/index.htm) [Fecha de consulta: 02.07.2018].
- OIT (2011): «Committee on the application of standards at the conference. Extracts from the record of proceedings». Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_165970.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_165970.pdf) [Fecha de consulta: 02.07.2018].
- OIT (2013): *Comprender el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).
- OIT (2014): «Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB.282/14/2». Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/295-c169casos/649-2001-rec169-ecuador-shuar.html> [Fecha de consulta: 01.07.2018].





CAPÍTULO SEGUNDO:  
FORMAS DE ESTADO



# TRADICIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA Y RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA CONSTITUCIÓN

## CHILEAN CONSTITUTIONAL TRADITION AND RECOGNITION OF INDIGENOUS PEOPLES IN THE CONSTITUTION

*Marcela Inés Peredo Rojas\**

### RESUMEN

La tradición constitucional chilena en materia de reconocimiento de pueblos originarios en la Carta Fundamental ha sido abstenerse de un articulado expreso que los regule. Así, es posible indagar si aquello supone una infracción a los derechos de los pueblos originarios o si, por el contrario, se requiere una reforma constitucional en este sentido.

### PALABRAS CLAVE

Tradición constitucional, reconocimiento constitucional, pueblos originarios

### ABSTRACT

The Chilean constitutional tradition regarding the recognition of the original peoples in the Fundamental Charter has been to refrain

---

\* Doctora en Derecho, académica de Investigación de la Universidad Autónoma de Chile, Providencia, Santiago.

from an express articulate that regulates them. Thus, it is possible to inquire if this implies a violation of the rights of the original peoples or, if on the contrary a constitutional reform is required in this regard.

## KEYWORDS

Constitutional tradition, constitutional recognition, original peoples

## I. INTRODUCCIÓN

En la idea de tradición constitucional existe un concepto asociado a la historia y a la identidad constitucional de los pueblos. Ello supone entender que la Carta Fundamental es un acuerdo en lo fundamental, y un acuerdo supone un consenso social. La Constitución debería reflejar un consenso sobre qué debe ser regulado en ella y qué no debe serlo. En este orden de ideas, la tradición constitucional se refiere a aquellos acuerdos que existen en la Carta a través de la historia institucional de un país.

Tradición, en sentido jurídico, se refiere a «*un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuada de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición jurídica relaciona el sistema legal dentro de la perspectiva cultural*»<sup>1</sup>. Por ende, un espacio propio para la tradición, en sentido jurídico, es el problema del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En nuestro país no existe, en la Carta Fundamental, una norma jurídica expresa que haga ese reconocimiento, ello porque en nuestra tradición jurídica se ha entendido la expresión *pueblo* como el electorado y quienes ejercen derechos políticos, y porque en la voz *persona* se ha incluido a todos aquellos que se encuentran en nuestro ordenamiento constitucional.

<sup>1</sup> Merryman (2007) 17.

Es decir, nuestra Constitución no distingue pueblos originarios, sino que los incorpora en la idea de persona.

Por ello, es relevante saber si esa falta de reconocimiento implica una infracción a sus derechos o cuál sería la eventual eficacia de una reforma constitucional que los incorporase expresamente. Ya que la regla general actual es que el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas sea expreso, tal como afirma Román: «[en] las dos últimas décadas el constitucionalismo latinoamericano ha tendido hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Estos cambios normativos han sido acompañados por el desarrollo jurídico que se ha dado en la comunidad internacional a propósito de los pueblos indígenas. Las principales normas internacionales sobre la materia son las siguientes: el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dictado sentencias que han reconocido un conjunto de derechos (colectivos) de los pueblos indígenas, obligando a los Estados miembros a adecuar sus respectivos ordenamientos jurídicos a los nuevos estándares internacionales. En consecuencia, diversos países han introducido modificaciones sustantivas en sus Constituciones, o han aprobado nuevas cartas fundamentales, refiriéndose expresamente a los derechos de los pueblos indígenas»<sup>2</sup>.

## 2. TRADICIÓN CONSTITUCIONAL Y RECONOCIMIENTO HISTÓRICO DE PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Existe hoy un proyecto de reforma constitucional que se encuentra en trámite ante el Congreso, que prescribe: «*[E]l reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas no puede significar una mera referencia simbólica en un texto. El constitucionalismo simbólico, es decir, el que genera una inclusión retórica y no es capaz de transformar la distribución real del poder en una sociedad, esto es, su constitución material, no servirá a la verdadera inclusión*

<sup>2</sup> Román (2014) 128.

*de los Pueblos Indígenas. La simple mención a la preexistencia de los Pueblos Indígenas sin el reconocimiento de derechos colectivos, o el reconocimiento de derechos colectivos sin su debida garantía, solo tendrán como resultado la creación de expectativas que se verán defraudadas una vez más, haciendo más visible, pero dejando sin solución la exclusión de los Pueblos Indígenas. Los Pueblos Originarios quieren compartir efectivamente el poder para contar con decisiones, destinadas a ellos, o a la ciudadanía en general, que ellos concurren a decidir. Esto solo puede suceder si se reconocen y garantizan adecuadamente derechos colectivos para los Pueblos Indígenas, que les habiliten para ejercer poder dentro del Estado, es decir, un reconocimiento constitucional robusto y plurinacional»<sup>3</sup>.*

Conforme a lo anterior, solo importa un reconocimiento que implique la protección judicial efectiva de los derechos de las personas que son parte de algún pueblo originario.

En ese contexto, uno de los aspectos más problemáticos ha sido la propia definición de qué se entiende por pueblo originario. Así, Román, advierte: «[U]no de los conceptos más polémicos en el debate sobre el reconocimiento indígena es la noción de pueblo. Tiene una fuerte carga política, lo cual ha obstaculizado la búsqueda de un consenso mayoritario entre los distintos sectores. Los grupos más conservadores del parlamento no están de acuerdo en reconocer la existencia de pueblos indígenas en Chile, y prefieren que se utilicen nociones como comunidad o etnia. El Convenio No. 169 de la OIT define a los pueblos tribales en su Art. 1º a): «los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial»<sup>4</sup>.

A mayor abundamiento, se ha reconocido que ni siquiera «el constitucionalismo latinoamericano es uniforme en cuanto a la terminología que utiliza para referirse a los pueblos, naciones, minorías, etnias, comunidades o poblaciones indígenas. Más que tratarse de

<sup>3</sup> Boletín 11.873-07 p. 5.

<sup>4</sup> Román (2014) 132.

*un asunto semántico, la noción que se emplee tiene repercusiones jurídicas, puesto que el derecho internacional determina estatutos diferentes para cada una de esas categorías; por ejemplo, únicamente a los pueblos se les reconoce el derecho de libre determinación. Como se verá, la tendencia mayoritaria en la región es recurrir a la expresión pueblo indígena»<sup>5</sup>.*

De hecho, ni siquiera están de acuerdo las constituciones latinoamericanas sobre los derechos que deben otorgarse a los pueblos indígenas. En esa perspectiva, «*la Constitución de Bolivia, aprobada mediante referéndum el 25 de enero de 2009, señala en su art. 30.I que «es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española»*. Además, agrega que «*dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la Ley»* (art. 2°). Por su parte, la Constitución mexicana alude explícitamente a la existencia de los pueblos indígenas en su art. 2°: «*la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas»*. Asimismo, el art. 5° de la Constitución de Nicaragua efectúa un reconocimiento expreso de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos, en especial del derecho a mantener y desarrollar su identidad y cultura, y consagra un régimen de autonomía para las comunidades de la Costa Atlántica. El art. 62 de la Constitución de Paraguay «*reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo»<sup>6</sup>.*

En contraposición de las constituciones indicadas precedentemente, en Chile los intentos de constitucionalizar el derecho de los

<sup>5</sup> Aguilar, LaFosse, Rojas y Steward (2010) 2.

<sup>6</sup> *Idem*.



pueblos originarios se han visto reflejados en varios proyectos de ley presentados, sin que aún exista consenso para una reforma en el texto de la Constitución, ya que tal como el mismo proyecto admite que «[E]n Chile, los pueblos indígenas jamás han tenido un tratamiento constitucional. Nuestra carta suprema nunca ha dedicado ninguna cláusula destinada a ellos»<sup>7</sup>. Es posible afirmar, entonces, que en la tradición constitucional chilena se ha entendido que, culturalmente, los indígenas son parte del pueblo chileno, y personas en tanto están protegidos constitucionalmente por las mismas acciones que cualquier persona no indígena. Y es que la igualdad en la ley asegurada constitucionalmente supone que la tradición constitucional chilena ha sido no distinguir respecto de los pueblos originarios porque los entiende parte de la nación chilena. Más allá de si esa afirmación es o no cierta, lo que resulta evidente es que nuestra Constitución no distingue entre chilenos y pueblos originarios. Ese silencio constitucional no supone el desconocimiento de sus derechos, porque la ley y los tratados internacionales regulan su situación. Entonces, la constitucionalización de este problema político-cultural no asegura que los resultados cambien por una declaración de reconocimiento, que puede convertirse en una mera norma programática.

No obstante, el texto del último proyecto presentado sobre la materia prescribe reformas a la Carta Fundamental en el Capítulo I sobre Bases de la institucionalidad, y al Capítulo III sobre Derechos fundamentales, en que se contempla un estatuto de derechos que protejan, en específico, a los indígenas<sup>8</sup>.

En tal sentido, el proyecto de ley de reforma constitucional crea nuevos derechos para los pueblos originarios, tales como *«libre determinación para resolver los asuntos de su vida colectiva, determinar su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Este derecho se reconoce y protege dentro del marco jurídico y político común del país que establece esta Constitución. A la autonomía colectiva en cuestiones internas a ellos para determinar sus miembros y formas de pertenencia;*

---

<sup>7</sup> Boletín No. 11.873-07, 23.

<sup>8</sup> *Idem.*

*decidir sus formas internas de gobierno, convivencia, organización y formas de vida social, económica, política y cultural; y en materia de salud y educación; mantener, desarrollar o cambiar sus propias instituciones; establecer y seleccionar sus autoridades o representantes; construir y modificar sistemas normativos propios; determinar sus propios intereses, prioridades y estrategias de desarrollo e implementarlas dentro del marco constitucional y legal, tomar decisiones vinculantes para sus miembros en aquellas materias que establezca la ley; así como desenvolver libremente sus culturas, identidades y todos los elementos que las integren, en relación a los territorios a las que han estado tradicionalmente vinculadas. La ley determinará los procedimientos por los cuales el Estado acordará con cada uno de los Pueblos Indígenas que lo componen, estatutos donde se establezcan las características de las autonomías, autoridades, funciones, atribuciones y mecanismos de decisión, respetando siempre el derecho de cada pueblo a determinar la forma específica de relación con el Estado del que forma parte. Dicha ley determinará las formas de constitución de las autonomías; las formas de transferencia de atribuciones; el alcance máximo de ellas, incluyendo formas territoriales, en espacios vinculados tradicionalmente a las culturas indígenas, así como formas no territoriales o funcionales de autonomía; los límites a su ejercicio; y mecanismos por los cuales el Estado proporcionará los medios para financiar las funciones autonómicas. Los respectivos acuerdos con los Pueblos Indígenas deberán ser aprobados por el Estado, en conformidad con la ley. Las entidades autonómicas que se organicen tendrán personalidad jurídica de derecho público y quedarán sujetas a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y, en cuanto reciban recursos públicos, caerán bajo el control de la Contraloría General de la República y otras instancias de control o auditoría que establezcan la Constitución y las leyes. 3. A la participación, mediante sus representantes y de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones, en los órganos e instituciones del Estado que determine esta Constitución y la ley, así como en la definición de las políticas públicas que les conciernan, en el diseño y decisión de sus*

*prioridades en los planes, programas y políticas estatales. Los Pueblos Indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional. 4. A la consulta previa e informada de todas las medidas administrativas o legislativas del Estado susceptibles de afectarles directamente en sus derechos, identidad, valores e intereses, debiendo desarrollarse de buena fe, buscando el consentimiento libre, a través de sus propias autoridades y de conformidad a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. El deber de consulta indígena recaerá en todos los organismos del Estado que dicten medidas administrativas y legislativas, incluyendo al Poder Ejecutivo, el Congreso Nacional, las Municipalidades y entidades públicas autónomas. 5. A crear, determinar, modificar y aplicar su derecho propio, en forma consuetudinaria o por decisiones de sus autoridades legítimas respectivas. Los valores, principios y reglas del derecho indígena se aplicarán respetando los derechos humanos y fundamentales reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales, firmados y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, especialmente de las mujeres, niños y niñas indígenas, así como el orden público, las necesidades de la salud pública y la seguridad del Estado. Una ley establecerá una jurisdicción indígena, en materia civil y penal, determinará sus alcances y los límites de competencia, las formas de reconocimiento de las entidades que la ejercerán, los principios comunes de sus procedimientos, así como su relación con los tribunales ordinarios de justicia y con los principios y reglas del derecho estatal, quedando siempre sometida a la superintendencia de la Corte Suprema de Justicia y al control de la justicia constitucional. El Estado chileno, atendiendo a sus posibilidades de aplicación actual, reconocerá, observará y aplicará los tratados, acuerdos y otros arreglos concertados por él, y sus antecesores, con las Pueblos Indígenas en conformidad con su verdadero espíritu y de buena fe. 6. A su propia identidad e integridad cultural, en virtud de lo cual, se respetarán y promoverán sus formas de vida, tradiciones, cosmovisiones, valores y creencias, sistemas de pensamiento, espiritualidad,*

*costumbres, prácticas culturales, y diversas formas de expresión. La ley protegerá el patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas, material e inmaterial, y a su propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales, así como a sus cultores y prácticas, incluyendo los sistemas de medicina indígena. El legislador también deberá determinar las formas en que el Estado promoverá la constitución de medios de comunicación propios de los Pueblos Indígenas, así como también el acceso de estos a los demás medios de comunicación. 7. A usar sus propias lenguas y a que estas sean preservadas y difundidas. El Estado, en conjunto con los Pueblos Indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular niños y niñas, puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas, así como para que las prácticas y contenidos de todo el sistema educativo estatal o financiado por el Estado se desarrollen de manera intercultural, impulsando el respeto por las diversas culturas indígenas. Los Pueblos Indígenas siempre podrán desarrollar y mantener sus propias instituciones y métodos educativos, y las personas indígenas podrán acceder libremente a ellos. 8. A las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. El Estado respetará debidamente las costumbres, las tradiciones en los sistemas de tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas. La ley protegerá las tierras indígenas y establecerá un sistema con diversos mecanismos que comprendan la restitución de las tierras, un plan de habitabilidad, un proyecto de desarrollo, una forma de organización jurídica para la gestión e instrumentos financieros específicos para la inversión. Y lo mismo, se hará cuando se trate de tierras de aptitud forestal plantadas con bosques artificiales. En ambos casos, se podrán establecer mecanismos que establezcan la garantía del Estado. 9. Al acceso y uso de las aguas a que estén vinculadas sus tierras, o que sean necesarias para el ejercicio de sus derechos al territorio y derechos culturales, cualquiera sea el régimen de tenencia o administración en que ellas se encuentren. 10. A participar en el uso, usufructo, goce, administración y conservación de los recursos naturales de los territorios que actualmente habitan u ocupan, y de aquellos a los que estén*

*tradicionalmente vinculadas sus identidades, y a la participación en los beneficios de la explotación de esos recursos, con pleno respeto de la constitución y las leyes, en especial de las reglas de protección ambiental. Esto incluirá a los recursos de los espacios marinos, lacustres y fluviales respecto de las comunidades ribereñas, así como a los recursos minerales del subsuelo. 11. A gozar de un medio ambiente sano e íntegro y a participar en su conservación, protección, restauración y gestión, así como de la diversidad biológica en los territorios que actualmente habitan u ocupan o a que estén tradicionalmente vinculados»<sup>9</sup>.*

Tales nuevos derechos pueden generar discriminación inversa, en términos de Dworkin<sup>10</sup>, ya que se favorece con ciertos derechos a los indígenas con relación a aquellos que no lo son. Es decir, la etnia es argumentada conforme a la teoría de las categorías sospechosas, esto es, que los indígenas han sido históricamente discriminados y por ello la Carta debe, expresamente, regular su situación. En otros términos, convertir a los pueblos originarios en una categoría especial causa convertir en sospechoso la etnia de una persona y aumenta el problema de la desigualdad, pues las categorías sospechosas *«distribuyen las cargas argumentativas en forma desigual entre las partes del pleito tornando sumamente difícil justificar el trato diferente y elevando la protección del supuestamente afectado. (...) esta ambigüedad acerca de los elementos idiosincrásicos de las categorías sospechosas, [está] alimentada por la yuxtaposición de ideas de igualdad diferentes que dan fundamento a concepciones diferentes de esas categorías»<sup>11</sup>.*

A mi juicio, el problema de regular todo en la Constitución es perder de vista que los indígenas poseen actualmente los mismos derechos que los que no lo son. Ello porque la Carta Fundamental chilena obliga a toda persona, institución o grupo, y las regulaciones especiales no son materia propia de la Carta Fundamental sino de la ley. La Constitución es un acuerdo en lo fundamental, y esto se

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Dworkin (1989) 327 y ss.

<sup>11</sup> Saba (2008) 701.

condice con nuestra tradición constitucional, que ha optado por constituciones breves que dejen al legislador la protección de los derechos con la garantía de la reserva legal que se asegura en el artículo 19 No. 26<sup>12</sup>.

### 3. CONTENIDO DE UNA CONSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CARTA FUNDAMENTAL CHILENA

Y es que como señala Wheare, ante la duda de qué debe contener una constitución, *«una primera línea divisoria se encuentra, pues, entre los que consideran una Constitución originaria y casi exclusivamente un documento legal donde hay un lugar para las normas legales y, prácticamente, para nada más, y los que opinan que una Constitución es como un manifiesto, una confesión e fe, una declaración de ideales (...)»*<sup>13</sup>. De modo que el contenido de la constitución supone una idea de lo que es el constitucionalismo. En ese sentido y a mi juicio, el constitucionalismo debe limitar el poder, no generar expectativas para que, como señala Lasalle, la constitución sea una constitución de papel. Las declaraciones constitucionales programáticas, sin una institucionalidad en sentido fuerte y sin sentimiento constitucional de consenso, solo generan la polarización de la sociedad que debe convivir en ella.

Por ello, la Constitución debe contener *«lo mínimo, y este mínimo traducirse en normas legales»*<sup>14</sup>. Ya que para que una Constitución sea tal solo se requieren tres elementos que puedan ser cumplidos por quienes se encuentran obligados a ella, es decir, por toda persona, institución o grupo: separación de funciones, es decir, que el poder limite al poder, imperio de derecho; que el poder se someta al derecho y no al revés y, por último, derechos y libertades que solo son reconocidos, no creados por ley alguna, ya que esos derechos son absolutos y esenciales para el constitucionalismo. Por ende, no

<sup>12</sup> Dicho artículo prohíbe que el legislador afecte en su esencia los derechos so pretexto de regularlos.

<sup>13</sup> Wheare (1975) 37.

<sup>14</sup> *Ibid*, 38.

le añade ni quita nada que sean reconocidos constitucionalmente, o no, porque, en verdad, son anteriores a la norma escrita.

En ese sentido, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es anterior a nuestra Constitución. Lo mismo ocurre con la dignidad y, en ese sentido, nadie pierde o gana más dignidad porque una constitución lo diga. Lo que verdaderamente importa es que la institucionalidad legal, que protege los derechos de los pueblos indígenas, sea eficaz en la aplicación que de ella hacen los tribunales de justicia y en el rol que los órganos del Estado, en este caso, la Conadi, posean.

En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley No. 19.253<sup>15</sup> ya reconoce nueve etnias que existen en nuestro país, a saber: Aymara, Atacameña, Colla, Quechua, Rapa-Nui, Mapuche, Yámana, Kawashkar y Diaguita. A mayor abundamiento, dicha ley impone un deber al Estado de «*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*»<sup>16</sup>. Por ende, la institucionalidad ya creada implica que la decisión política en Chile sobre la materia ha sido mantener un reconocimiento legal y no constitucional de esos pueblos<sup>17</sup>.

Conforme a lo anterior, debemos distinguir entre *lo político* y *lo jurídico* para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, «*[L]o que caracteriza a la decisión política es que se*

---

<sup>15</sup> Artículo 1 inciso primero y segundo: 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. El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aymara, 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.

<sup>16</sup> Artículo 1 inciso final Ley No. 19.253.

<sup>17</sup> Sin perjuicio de los tratados internacionales que Chile ha suscrito en la materia, que, en virtud del artículo 5 de la CPR, poseen rango constitucional.

*argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los fines que persigue y, en consecuencia, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos: se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto. La decisión en la que se aplica derecho, y en concreto la decisión jurisdiccional, se basa en un modelo argumental distinto. La decisión solo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en premisas que a su vez gocen de esa aceptación, y eso significa que es preciso poner a un lado tanto las opiniones puramente personales del juzgador como las particularidades extrajurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo»<sup>18</sup>.*

En concordancia con lo anterior, la cuestión del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile posee una esfera de decisión política que históricamente ha delegado este asunto a la ley. Debe considerarse que, a diferencia de lo que sostiene el proyecto, el problema indígena no surge desde la primera propuesta de constitucionalización hecha en las Bases para una Nueva Constitución de 1973, sino que *«se remontan a los parlamentos sostenidos entre el pueblo Mapuche y la corona española a mediados del siglo XVII, los cuales se extendieron por casi dos siglos. Uno de los más relevantes fue aquel que dio origen al Tratado de Quilín en 1641, que reconoce como frontera con el territorio mapuche la línea de los ríos Biobío por el norte y Toltén por el sur, así como su autonomía en ese territorio. Este tipo de relacionamiento, sin embargo, llega a su fin con el surgimiento y consolidación del orden republicano, para el cual la unificación de la población y el territorio eran un requisito para la constitución del Estado-Nación»*<sup>19</sup>.

En ese sentido, es posible afirmar que en nuestra tradición constitucional solo encontramos una disposición expresa –artículo 47 de la Constitución de 1822–, que prescribía: *«Corresponde al Congreso: 6.0 Cuidar de la civilización de los indios del territorio»*<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> De Otto (1987) 289.

<sup>19</sup> Donoso y Palacios (2018), 3 <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/PDF-Temas-103-Indigenas.pdf>.

<sup>20</sup> *Idem*.



Por tanto, la ausencia de normas constitucionales en este sentido es entendida como «*un ‘hecho político’, es decir, como una declaración formal del Estado acerca de la existencia de los pueblos indígenas*»<sup>21</sup>. Esa decisión política no supone una decisión jurídica. Por ello, a nuestro juicio, la decisión jurídica se refiere a que los tribunales de justicia y los mecanismos que existen en la institucionalidad vigente se apliquen por los jueces en pos de proteger los derechos de los pueblos originarios.

La decisión jurídica de la tradición constitucional chilena se manifiesta actualmente en que los órganos del Estado actúen de modo tal que cumplan con el deber de «*promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena*»<sup>22</sup>. A su vez, impone un deber jurídico negativo o la prohibición a que los órganos del Estado discriminen a estas personas en «*razón de su origen y su cultura*»<sup>23</sup>, imponiendo una sanción de multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales<sup>24</sup>.

Por ello, la decisión jurídica compete a los tribunales que deben cumplir la ley y a los órganos del Estado que deben actuar conforme a ella, más que a la constitucionalización de un derecho anterior al Estado que los indígenas ya poseen y que el Estado debe proteger de manera eficaz. La única manera eficaz es que impere el derecho y se cumpla la ley que ya los regula.

En tal sentido, solo queda que los jueces apliquen las reglas constitucionales de debido proceso al procedimiento indígena contemplado en la Ley<sup>25</sup>. En ese sentido, el mecanismo de protección especial legal de sus territorios ya existe, y la decisión jurídica esta entregada a los jueces de letras competentes en que se encuentra ubicado el inmueble. Si el juez aplica el ordenamiento constitucional actual, entonces el problema de indefensión de los indígenas no es un problema de la falta de decisión política sobre su reconocimiento constitucional, sino un problema de decisión jurídica, es decir, que

---

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> Artículo 7, Ley No. 19.253.

<sup>23</sup> Artículo 8, Ley No. 19.253.

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Artículo 56, Ley No. 19.253.

los jueces subsuman el caso concreto a la ley que los regula y a la Constitución, que en estado actual les asegura los mismos derechos y mecanismos de defensa judicial que a todos los habitantes de este territorio. Así, las normas legales y constitucionales que los protegen no se convierten en normas programáticas sino en normas pragmáticas, que entienden que la Constitución está viva no por una reforma constitucional que así lo exprese, sino porque se cumple con la obligación de la supremacía de sus artículos 6 y 7, que indican que el derecho limita el poder e impera sobre aquel para proteger las libertades de las personas más allá de su etnia, raza o condición social.

#### 4. CONCLUSIONES

La tradición constitucional chilena ha reconocido derechos y libertades de los pueblos indígenas mediante la ley. Así, los pueblos originarios gozan de protección legal y mecanismos constitucionales de ejercicio de tutela efectiva a través de la acción de protección, amparo e inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que actúa como mecanismo indirecto de la protección de sus derechos al controlar que aquellos regulados por ley sean compatibles con sus derechos constitucionales. Además, existe protección internacional de sus derechos a través del Convenio respectivo, y la acción ante la CIDH. Es decir, existen mecanismos de protección de sus derechos. En ese contexto, el reconocimiento constitucional es una cuestión más política que jurídica, pues implica la controversia de generar un estatuto constitucional específico para esos pueblos.

Además, no todos los derechos e instituciones políticas y jurídicas de un país poseen rango constitucional, tampoco la Constitución es un medio de resultado de eficacia de funcionamiento de las instituciones públicas, ya que solo se define como un límite al poder, por medio del derecho, para la protección de los derechos y libertades de las personas.

Por tanto, la falta de reconocimiento constitucional expreso solo puede resultar en infracción de los derechos de los pueblos indígenas

si las decisiones jurídicas de aplicar la ley, junto a los mecanismos de protección establecidos, son olvidados por quienes están en posición de asegurar el debido proceso constitucional.

La Constitución no olvida a los pueblos indígenas, sino que los incluye en la acepción persona como todo individuo de la especie humana. Queda entonces la tarea que se aplique el derecho vigente por sobre cualquier consideración política que desmedre los derechos de los pueblos originarios.

Con razón, Pereira afirma que «[P]ara que funcione la Constitución, tienen antes que funcionar razonablemente la judicatura, la administración pública y las profesiones (...)». Y es que la Constitución «tiene que tener un núcleo duro (los grandes derechos, la división de poderes, el federalismo, el republicanismo, según los casos) y ser flexible en todo lo demás (el sistema electoral y otras cosas), y los redactores tienen que escribirla teniendo en cuenta todo eso»<sup>26</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar, Gonzalo; Lafosse, Sandra, Rojas, Hugo y Steward, Rébecca (2010): «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2, No. 2: pp. 44-104.
- De Otto, Ignacio (1987): *Derecho constitucional, sistema de fuentes* (Barcelona, Ariel Derecho).
- Donoso, Sebastián y Palacios, Camila (2018): «Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate». Disponible en: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/PDF-Temas-103-Indigenas.pdf>. [Fecha de consulta: 01.10.2018].
- Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona).
- Merryman, John H. (2007): *La tradición jurídica romano-canónica* (Ciudad de México, FCE).
- Pereira Menaut, Antonio Carlos (2016): «Lecciones de teoría constitucional y otros escritos» (Santiago de Compostela, Andavira Editora).
- Román García, Andrés (2014): «Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile», *Revista de Derechos Fundamentales*, No. 11: pp. 125-162.

<sup>26</sup> Pereira (2016), 78.

- Saba, Roberto (2008): «Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?», en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional* (Vol. 2, Abeledo Perrot, Buenos Aires), pp. 695-742.
- Wheare, Kenneth Clinton (1975): *Las constituciones modernas* (Barcelona, Editorial Labor).

## NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República de Chile (22.09.2005), actualizado al 16 de junio de 2018.
- Ley No. 19.253 (05.10.1993) «Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena».
- Boletín No. 11.873-07: «Proyecto de reforma constitucional que reconoce la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos indígenas».



APORTES A LA TEORÍA DEL ESTADO: LA  
DOCTRINA DEL TERRITORIO-SUJETO DESDE LA  
COSMOVISIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS  
EN LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA Y ECUADOR  
Y DE LA PERSPECTIVA MEDIOAMBIENTAL EN LA  
LEGISLACIÓN CHILENA

CONTRIBUTIONS TO THE THEORY OF THE  
STATE: THE DOCTRINE OF THE TERRITORY-  
SUBJECT FROM THE INDIGENOUS WORLDVIEW  
IN THE CONSTITUTION OF BOLIVIA AND  
ECUADOR AND OF THE ENVIRONMENTAL  
PERSPECTIVE IN CHILEAN LEGISLATION

*Juan Pablo Díaz Fuenzalida\**

RESUMEN

El artículo tiene por finalidad aportar a la teoría clásica del Estado, en concreto, al elemento *territorio*. En efecto, existen al menos cuatro teorías jurídicas sobre dicho elemento: el territorio como objeto, elemento del Estado, límite de la competencia y sujeto. Se hará una síntesis de las ideas principales de las dos primeras teorías del territorio, generando cierto grado de aportes innovadores. Sin embargo, la investigación se enfocará principalmente en la

---

\* Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, magíster en Docencia Universitaria por la Universidad Autónoma de Chile y doctor en Derecho y máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor investigador del Programa Teaching in Chile de la Universidad Autónoma de Chile, sede Santiago. Correo: [juanpablo.diaz@uautonoma.cl](mailto:juanpablo.diaz@uautonoma.cl) / [jpdiazfuenzalida@gmail.com](mailto:jpdiazfuenzalida@gmail.com)

aproximación del territorio-sujeto, en casos donde se reconoce que el territorio es un sujeto de derecho, no obstante sea necesario que alguien pueda ejercer una acción en su nombre o protección. En este último sentido, se distingue la visión de los pueblos originarios y la medioambiental, no obstante ambas consideran sujeto de derecho al territorio o parte de él.

## PALABRAS CLAVE

Elementos del Estado, territorio, derechos de la naturaleza, acción pública medioambiental

## ABSTRACT

The purpose of the article is to contribute to the classical theory of the State, specifically, to the territory element. In fact, there are at least three legal theories about this element: territory as an object, as an element of the State, as an limit of competence and as an subject of law. A synthesis of the main ideas of the first two theories of the territory will be made, generating a certain degree of innovative contributions. However, the investigation will focus mainly on the approximation of the subject-territory, in cases where it is recognized that the territory is a subject of law, however, to which it is necessary that someone can take an action on their behalf and / or protection. In this last sense, the vision of the indigenous worldview and the environmental vision consider that the territory or part of it to be a right subject.

## KEYWORDS

Elements of State, territory, rights of nature, environmental public action

## I. INTRODUCCIÓN

Al estudiar al Estado se analizan, entre otros aspectos, sus elementos. Dependiendo del autor, podemos agregar o restar algún componente distintivo. Por ejemplo, la profesora Angela Vivanco considera cinco elementos, a saber: grupo humano, poder, territorio, derecho y bien común<sup>1</sup>. Lo clásico, recordando a Jellinek, es considerar tres elementos: nación o población, gobierno y territorio<sup>2</sup>. Mismo estado del arte constata el profesor Mario Verdugo al estudiar la teoría del Estado<sup>3</sup>. El presente artículo pretende ser un aporte a esta teoría, en particular al elemento que comparten la mayoría de los autores: el territorio. Para ello se revisarán sucintamente los aspectos de la teoría del territorio y, sumando a ella y, aportando a la teoría territorio-sujeto con la visión de los pueblos indígenas junto a la de la perspectiva medioambiental.

Ya desde la Antigüedad se tenía presente al elemento territorio. Así, Aristóteles, consideraba que las ciudades se componían de la suma de barrios y estos de la suma de casas, que albergaban una familia<sup>4</sup>. En ese sentido, se puede afirmar que una nación necesita un lugar donde habitar —el territorio—, lo que para una familia es su hogar. También hacía cierta referencia a las fronteras con un ejemplo entre las ciudades de Megara y Corinto<sup>5</sup>, útil para atender al territorio como límite de competencia. También Maquiavelo consideraba al territorio, pero más bien como objeto o parte esencial del Estado.

<sup>1</sup> Vivanco (2006), 179.

<sup>2</sup> Gornig y Ribera (2010), 31.

<sup>3</sup> Verdugo y García (1998), 56.

<sup>4</sup> Aristóteles, 10-17.

<sup>5</sup> «Porque si imaginásemos que alguno juntase en uno los lugares de tal manera que las ciudades de Megara y Corinto se tocasen con los muros, no sería, con todo eso, una ciudad (...)» en Aristóteles, 127.



En ocasiones como algo que apropiarse<sup>6</sup>, siendo entonces objeto; en otras, asimilándolo al Estado mismo<sup>7</sup>.

El territorio puede analizarse en relación con el Estado desde diversos prismas. Jiménez<sup>8</sup> recuerda los criterios políticos, sociales y jurídicos que tratan, a su vez, Herrero y De Blas. En efecto, como criterio político, el territorio cumple con una función cohesionadora para la unidad estatal, que trae como consecuencia la forma de gobierno –unitario, federado o regional– y su relevancia para establecer representación política –circunscripciones o distritos–, como también sus recursos y riqueza para el bienestar de la nación. Desde lo sociológico, el territorio cumple una función de integración e identidad, ya que refuerza los lazos existentes entre la comunidad creando imaginarios, verdaderos símbolos, tales como ideas de país o patria. Y, desde lo jurídico, el territorio adquiere relevancia en función con el Estado. En lo eminentemente jurídico, el elemento territorio ha generado las siguientes tesis: el territorio como objeto o propiedad del Estado, el territorio como parte o esencia del Estado, el territorio como límite de competencia estatal y el territorio como sujeto, las que se desarrollarán en el cuerpo del presente artículo.

## 2. EL TERRITORIO COMO OBJETO DEL ESTADO

El territorio puede considerarse como objeto o propiedad de un Estado, intentando establecer el territorio como una cosa de la que se tiene dominio o propiedad, en idéntica situación a una persona con un bien. Tal como una persona puede comprar, vender, ceder, arrendar, prestar o hipotecar un determinado bien (por ejemplo, una finca), el Estado podría hacerlo respecto de su territorio. La crítica a esta doctrina es que separa al Estado del territorio, siendo este

---

<sup>6</sup> «Bien es cierto que los territorios rebelados se pierden con más dificultad cuando se conquistan por segunda vez, porque el señor aprovechándose de la rebelión, vacila menos en asegurar su poder castigando a los delincuentes, vigilando a los sospechosos y reforzando las partes más débiles», en Maquiavelo, 10.

<sup>7</sup> «Era pues, necesario remover aquel estado de cosas y desorganizar aquellos territorios para apoderarse sin riesgos de una parte de ellos», en Maquiavelo, 33.

<sup>8</sup> Jiménez (2012), 79-96.

elemento de su esencia, de su existencia inclusive. No hay Estado sin territorio y, por tanto, este último no puede dividirse del Estado, cayéndose la teoría<sup>9</sup>.

No obstante ser una teoría que no tiene muchos adeptos, hay casos históricos en que se ha aplicado. El caso más interesante y significativo es la conformación del territorio de Estados Unidos de Norteamérica, pudiendo llegar a afirmarse que los 4/5 de su espacio geográfico territorial lo es gracias a la adquisición, por compra, cesión por victorias militares o como pago por deudas con el gobierno federal<sup>10</sup>. Estados Unidos estaba, en el siglo XIX, en una posición muy privilegiada, lo que le permitió actuar como un verdadero terrateniente, sin punto de comparación, ni siquiera con las monarquías absolutas<sup>11</sup>. Simbólica es la compra de Alaska en 1867 por 7,2 millones de dólares al gobierno imperial ruso, equivalente a poco más de 100 millones de dólares actuales<sup>12</sup>.

Existe un caso más cercano: Isla de Pascua. En efecto, tras el fracaso del proyecto colonizador de la isla de 1888, Chile la arrienda por 20 años, en 1895, a una empresa privada<sup>13</sup>. Tras diversas normas, como la Ley 3.220, de 29 de enero de 1917, se declara su dependencia de la Dirección del Territorio Marítimo de Valparaíso, quedando sometida a las autoridades, leyes y reglamentos navales. Tanto es así que, al explicar el alcance y sentido de dicha norma, el director general de la Armada manifestó, en marzo del mismo año de publicación de la ley, que «*La propiedad del Estado en la Isla comprende los terrenos comprados por el Capitán don Policarpo Toro a diversos poseedores i todos aquellos que no tengan otro dueño, en virtud del art. 590 del Código Civil*»<sup>14</sup>. Es decir, citando una norma de derecho privado<sup>15</sup> que regula el tratamiento de los bienes.

<sup>9</sup> Jiménez (2012), 79-96.

<sup>10</sup> Fourcade (2016).

<sup>11</sup> Fourcade (2016).

<sup>12</sup> BBC Mundo (2017).

<sup>13</sup> Foerster (2012), 45-62.

<sup>14</sup> Foerster (2012), 45-62.

<sup>15</sup> El artículo 590 del Código Civil chileno consagra que «*Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño*».

### 3. EL TERRITORIO COMO ELEMENTO DEL ESTADO

Por otro lado, el territorio puede considerarse como parte integrante o elemento de la esencia del Estado. De acuerdo con Herrero, De Blas y Naranjo Mesa, entre otros<sup>16</sup>, el territorio es un componente ontológico para sí mismo, es parte de su ser. Siguiendo una idea civilista, sería como si en una compraventa no estuviere presente el precio de la cosa, sencillamente no existiría o degenera en otro contrato<sup>17</sup>. Lo mismo ocurre con el Estado, sin territorio no existe o degenera en otra institución. A mayor abundamiento, Max Weber<sup>18</sup>, Georg Jellinek<sup>19</sup> y Maurice Hauriou<sup>20</sup> también integran en sus conceptos de Estado al elemento territorio, por lo que sería parte de su esencia. Un ejemplo de ello es el pueblo gitano, conceptualizado por la profesora Teresa Sordé como una identidad global sin territorio<sup>21</sup>, lo que indica con la misma autodefinición de la comunidad gitana, como un pueblo que ni tiene ni quiere un territorio. En la misma idea los cataloga Paternina y Gamboa, es decir, como pueblo nómada<sup>22</sup>, por no tener un territorio determinado de asentamiento.

Sin embargo, existe un Estado sin territorio, lo que puede ser una excepción, más bien un caso que deja en jaque a esta doctrina. En efecto, la Soberana Orden de Malta, que no tiene territorio, ha sido invitada a participar como observador en las sesiones y trabajos de Naciones Unidas desde el año 1994<sup>23</sup>. En su carta fundamental,

<sup>16</sup> Jiménez (2012), 79-96.

<sup>17</sup> En principio, en el caso sería una donación.

<sup>18</sup> «*Aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos solo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del derecho a la violencia*».

<sup>19</sup> «*Unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, formada por hombres asentados en un territorio*».

<sup>20</sup> «*Es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción*».

<sup>21</sup> Sordé (2013).

<sup>22</sup> Paternina (1999).

<sup>23</sup> Resolución No. 48/265 de 1994.

hace referencia a que no tiene territorio, aun en su organización y su actividad<sup>24</sup>, asimismo, contiene órganos de gobierno y se declara como orden religiosa seglar, soberana, tradicionalmente militar, de caballería y nobiliaria<sup>25</sup>. Con todo, no confundirla con el Estado de Malta, que sí tiene territorio y que es, a la fecha, Estado miembro de Naciones Unidas desde el 1 de diciembre de 1964<sup>26</sup>. Prueba de ello, por ejemplo, son los aportes que debe hacer anualmente en dicha calidad, de Estado miembro, para el presupuesto ordinario de Naciones Unidas<sup>27</sup>.

#### 4. EL TERRITORIO COMO LÍMITE DE COMPETENCIA ESTATAL

Por otro lado, el territorio ha sido considerado como límite de competencia de los Estados. El autor principal que hace referencia a esta característica es Kelsen, al desarrollar su teoría pura del derecho. Siendo un autor eminentemente positivista<sup>28</sup> y, desde una visión de validez de la norma y que el Estado es un orden jurídico, consideraba al territorio como el límite de la soberanía estatal. Decía Kelsen, por ejemplo, «*En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, este representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado (...)*»<sup>29</sup>. O, más directo aún, cuando afirma que la teoría de los elementos del Estado «*solo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí, ya en su alcance territorial o personal*»<sup>30</sup>. De manera

<sup>24</sup> Carta Constitucional y Código de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas y de Malta, artículo 1.2.

<sup>25</sup> Carta Constitucional y Código de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas y de Malta, artículo 1.1.

<sup>26</sup> Para mayor detalle de Estados miembros de la ONU, véase el siguiente enlace del sitio electrónico de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/member-states/#gotoM> [Fecha de consulta 17.08.2018].

<sup>27</sup> Secretaría de Naciones Unidas (2016).

<sup>28</sup> Kelsen (1934), 19.

<sup>29</sup> Kelsen (1934), 151.

<sup>30</sup> Kelsen (1934), 154.

que el territorio sería sencillamente donde es válida la norma creada por los órganos estatales.

En idea similar a Kelsen y, antes que él, Rousseau también consideraba al territorio relacionado con la soberanía. En efecto, quienes residen en un Estado libre estarían sometidos a su soberanía. Decía el contractualista: «*Instituido el Estado, la residencia es señal implícita del consentimiento: habitar el territorio es someterse a la soberanía*»<sup>31</sup>. No es que el territorio sea fuente de la soberanía, sino que es donde esta se ejerce, por ello, el hecho de tan solo habitar un determinado lugar, sin oponerse, en condiciones de libertad, expresa consentimiento de las normas generadas por la voluntad general.

En concreto, las ideas anteriores podrían resumirse, como decía De Blas, en que el territorio «*es simplemente un límite geográfico del derecho del Estado o el espacio que limita el orden jurídico del país*»<sup>32</sup>. Límite geográfico, porque la soberanía también tiene otras barreras<sup>33</sup> como son, por ejemplo, los derechos humanos. En efecto, desde el punto de vista geográfico, cabe relevancia a las fronteras. Así, el territorio «*está delimitado por una frontera que mantiene en su lugar a las personas, identificadas como ciudadanos, y la burocracia cuyas acciones están definidas por esas fronteras*»<sup>34</sup>, recuerda la profesora Elspeth Guild; así, se solucionarían conflictos entre distintos ordenamientos jurídicos. El problema se daría cuando las fronteras están en movimiento. ¿Quién es, finalmente, soberano?

<sup>31</sup> Rousseau, en López (1997), 153.

<sup>32</sup> Jiménez (2012), 79-96.

<sup>33</sup> Constitución de Chile, artículo 5, inciso segundo, «*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*».

<sup>34</sup> Guild (2017), 110-111.

## 5. EL TERRITORIO COMO SUJETO

### 5.1 *Visión del derecho internacional*

Esta visión del territorio como sujeto puede sintetizarse, según Ramito Aponte Pino, como que el territorio sería un sujeto, pues es la propia expresión de la personalidad del Estado; ello porque en un territorio concreto, autónomo e independiente, este puede expresar su voluntad y hacerla obedecer<sup>35</sup>. Es una idea que se expresa hace ya tiempo en derecho internacional. Henri Bonfils, en 1905, manifestaba en su manual del área que «*Los Estados considerados como miembros de la comunidad internacional son, por excelencia, las personas internacionales capaces de ser o de tornarse los sujetos activos y pasivos de derechos primordiales y naturales de derechos contingentes y positivos estipulados en los tratados o consagrados por la costumbre, de poseer un dominio, un patrimonio y de ejercer sobre este patrimonio potencia y dominación. Pero, ¿son ellos las únicas personas internacionales? Sí, las únicas, si se toman los términos personas internacionales como sinónimos y equivalentes de miembros de la comunidad internacional. De esta comunidad formada por la voluntad implícita de ellos, los Estados son, de hecho, los únicos miembros, en su calidad de organismos políticos*»<sup>36</sup>.

De ahí que los Estados sean sujetos de derecho internacional. Por ello, al ser sujetos, tienen voluntad, pueden tomar decisiones, pactar, retirar, denunciar, ser activos y pasivos legitimados procesalmente hablando, entre otras. Así, por ejemplo, en el sistema interamericano de derechos humanos, los Estados parte pueden someter un caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>37</sup>, son ellos los que se comprometen a respetar los derechos y libertades de la Convención<sup>38</sup>, las denuncias son en contra del Estado parte y no

<sup>35</sup> Aponte (2003), 53-60.

<sup>36</sup> Dal Ri Júnior y Carnesella (2017), 516.

<sup>37</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 61.1.

<sup>38</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.

respecto de alguna persona determinada, institución privada, autoridad ni gobierno o administrador de turno<sup>39</sup>. Igualmente ocurre en el sistema europeo de derechos humanos, por violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus protocolos modificatorios y complementarios, por ello, las Altas Partes contratantes reconocen derechos y libertades a toda persona bajo su jurisdicción<sup>40</sup>, como también que toda Alta Parte Contratante pueda someter al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier incumplimiento al Convenio que pueda ser imputado a otro par<sup>41</sup>, o que se pueda demandar por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares por violaciones en contra, precisamente de alguna Alta Parte Contratante<sup>42</sup>. De todo lo anterior se entiende con casos concretos que los Estados son sujetos, tal como lo es una persona. La sustancia la otorga el territorio, que seguirá siempre presente, independiente de las personas que estén a cargo del gobierno y la administración del Estado.

### *5.2 Territorio con la cosmovisión de los pueblos originarios, los derechos de la Pachamama o Naturaleza*

El territorio desde la visión de los pueblos originarios puede considerarse sujeto de derecho. En efecto, es esencial lo que se denomina el *buen vivir* y los derechos de la naturaleza. Dichos conceptos se comprenden como una crítica profunda a la tradición occidental de progreso, desarrollo y bienestar<sup>43</sup>. Por un lado, el

<sup>39</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 44.

<sup>40</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 1.

<sup>41</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 33.

<sup>42</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 34.

<sup>43</sup> El buen vivir es un concepto amplio y complejo de dar contenido. ¿Qué entendemos por «buen vivir» o «vivir bien»? Hay algunas corrientes indigenistas, socialistas –como contrapartida al sistema neoliberal– y doctrinarias, para mayor información, revisar el artículo de Vanhulst (2015), pp. 233-261. Lo mismo ocurre con un término utilizado especialmente en Europa: el *bienestar* –estar bien–. ¿Qué es estar bien? En palabras de Kepa Artaraz y de Melania Calestani, «*El concepto de bienestar genera confusión, pues se ha usado como sinónimo de desarrollo, progreso, riqueza o incluso felicidad, proponiendo un*

buen vivir o vivir bien, nos recuerda Cletus Gregor Barié, como un concepto de origen aymara «*suma gamaña*», similar en quechua a «*sumac kawsay*». Ambos combinan la idea de bienestar material con la coexistencia social pacífica y el apoyo y solidaridad mutua, siendo el que vive bien no necesariamente el rico, sino el que comparte<sup>44</sup>. Y, por otro, los derechos de la naturaleza provienen de una connotación esencialmente espiritual, antropológica inclusive, una cosmovisión ancestral. Así, los pueblos originarios no consideran a la Madre Tierra como un objeto, no es el medio ambiente, sino que es *nuestra Madre*, nuestra antecesora que ha sobrepasado generaciones de seres humanos, siendo ella, eterna y milenaria. Por ello, como señala Fernando Huanacuni Mamani, sería presuntuoso protegerla<sup>45</sup>, más bien, si ella es sujeto, ella sería quien podría protegerse o más bien ejercer acciones en su propio favor.

Ahora bien, a nivel constitucional, «*La tierra no está en silencio y las Constituciones deben darle voz*», recuerda Matarán y Castellano<sup>46</sup>, hipótesis de Gaia que siguen expresamente dos constituciones andinas –Bolivia y Ecuador– que están innovando en la materia. La esencia es un nuevo contrato social, no entre ciudadanos, sino entre la Naturaleza y la gente, entendida como grupo de personas y no como individuo. A pesar de las distintas denominaciones que se le ha dado este tipo de constitucionalismo, uno de los que se ajusta a la temática es Constitucionalismo Biométrico<sup>47</sup>, que acentúa el paradigma ecológico en el nuevo pacto social.

En concreto, la Constitución de Ecuador considera a la Pacha Mama expresamente. Tanto en el preámbulo como en el articulado encontramos presente a la Naturaleza. Así, por ejemplo, el preámbulo del texto constitucional manifiesta que: «*NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,*

---

*acercamiento muy etnocéntrico centrado en metodologías obsesionadas por las mediciones*, Artaraz y Calestani (2013), 99-117.

<sup>44</sup> Gregor (2014), 9-40.

<sup>45</sup> Huanacuni (2018), 157-169.

<sup>46</sup> Matarán y López (2011).

<sup>47</sup> Carducci y Castillo (2016), 255-284.



*CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay (...)*»<sup>48</sup>. Del preámbulo, en lo pertinente al presente texto de estudio, podemos destacar que: el pacto social ecuatoriano tiene distintos orígenes culturales, entre ellos, el de los pueblos indígenas (de raíces milenarias) pero también occidentales (como cuando se nombra a Dios); evidencian conflictos de colonialismo, donde hay al menos dos posturas o visiones de mundo diversas; y otorga relevancia a la Pacha Mama, de las que el ser humano es parte. Es decir, no vivir en la naturaleza, sino que con ella, evidenciando una igualdad entre la Naturaleza y la ciudadanía.

Además, la Constitución del Ecuador considera un capítulo completo en favor de la Pacha Mama. En efecto, para los efectos de la presente investigación, es pertinente considerar los artículos 71 y 72 del texto constitucional ecuatoriano, que, según Javier Dávalos González, son verdaderas garantías políticas y jurisdiccionales en favor de la Naturaleza<sup>49</sup>. En efecto, el artículo 71 consagra que «*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*

*Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.*

<sup>48</sup> Constitución de la República de Ecuador de 2008, preámbulo.

<sup>49</sup> Dávalos (2009), 111-124.

*El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema»<sup>50</sup>.*

En primer término, hace sinónimos a la Naturaleza con la Pacha Mama. Hilándolo con el preámbulo, es por la diversidad cultural del pueblo ecuatoriano, de origen occidental y de pueblos originarios. En segundo término, reconoce expresamente que la Naturaleza tiene derechos y, por tanto, el territorio del Estado es un sujeto de derecho. En tercer lugar, evidentemente alguien debe accionar por la Pacha Mama, por ello, otorga a cualquier persona o comunidad la capacidad de exigir a las autoridades el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. En cuarto lugar, expresa un alto compromiso y deber del Estado con respecto de la Pacha Mama. En quinto lugar y, aunque en principio es solo un asunto de letras, Cletus Gregor Barié hace ver que se escriben con mayúscula –Madre Tierra y Pacha Mama–, tal como se escriben para los nombres propios<sup>51</sup>, común en las personas, ya sean jurídicas o naturales, ambas siendo sujetos de derecho.

Lo que sigue es preguntarse: ¿cuál o cuáles son los derechos de la Naturaleza? Su principal derecho es el de restauración. Así lo consagra expresamente el artículo 72 del Código Político del Ecuador: *«La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*

*En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas»<sup>52</sup>.*

Por su parte, la Constitución Política de Bolivia también considera a la Pacha Mama en el preámbulo. Al igual que en el caso de Ecuador, entiende a la Naturaleza como sujeto. Hace sinónimo a la

<sup>50</sup> Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 71.

<sup>51</sup> Gregor (2014), 9-40.

<sup>52</sup> Constitución de la República de Ecuador de 2008, artículo 72.

Pacha Mama con Madre Tierra. Igualmente existe una visión doble, desde los pueblos indígenas y occidental. En efecto, el preámbulo de la carta fundamental boliviana consagra que *«En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.*

*Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia»<sup>53</sup>.*

Sin embargo, a diferencia que la Carta Magna ecuatoriana, la Constitución de Bolivia no contiene en su articulado expresamente a la Pacha Mama. No obstante, podría aportarse al respecto la acción popular cuando tiene por objeto proteger al medio ambiente. Consagra así, el artículo 135 del Código Político boliviano, *«La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución»<sup>54</sup>.* En ese sentido, el derecho de la Naturaleza tendría como requisito un interés colectivo de personas individuales o colectivas, siendo entonces más exigente que el texto ecuatoriano.

No obstante, el preámbulo es relevante por cuanto da posibilidad que, a nivel normativo-legal, pueda desarrollarse reglamentación en favor de la Naturaleza. En efecto, Bolivia se destaca en la materia con la Ley No. 300 de 15 de octubre de 2012, Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien<sup>55</sup>, que en sus 58 artículos establece una visión y fundamentos de desarrollo integral

---

<sup>53</sup> Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, preámbulo.

<sup>54</sup> Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, artículo 135.

<sup>55</sup> Ley No. 300 de 2012 de Bolivia.

en armonía y equilibrio de las personas (el buen vivir con la Madre Tierra). Relevante es además la Ley No. 071 de 21 de diciembre de 2010, Ley de Derechos de la Madre Tierra<sup>56</sup>, que, a pesar de contener solo 10 artículos, crea una serie de instituciones jurídicas, tanto de derechos sustantivos de la Pacha Mama como de protección, como la Defensoría de la Madre Tierra<sup>57</sup>, aunque al parecer el Gobierno boliviano aún tiene pendiente su creación. En cuanto a los derechos, considera en resumen<sup>58</sup> el mantenimiento, preservación y

<sup>56</sup> Ley No. 071 de 2010 de Bolivia.

<sup>57</sup> No obstante, Marco Octavio Ribera ha investigado al 2016 que aún no sea crea en concreto, Ribera (2016). Además, se ha revisado si existe y, hasta la fecha, no hay indicios de su creación.

<sup>58</sup> El artículo 7 de la Ley No. 071 de 21 de diciembre de 2010, Ley de Derechos de la Madre Tierra, consagra que, «Artículo 7. (DERECHOS DE LA MADRE TIERRA)

*I. La Madre Tierra tiene los siguientes derechos:*

1. *A la vida: Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración.*
2. *A la diversidad: de la vida: Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro.*
3. *Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.*
4. *Al aire limpio: Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.*
5. *Al equilibrio: Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales.*
6. *A la restauración: Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente.*
7. *A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas».*

restauración y, para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público.

### 5.3 Territorio desde la perspectiva medioambiental, acción pública de reparación del medio ambiente

Para entender el aporte y problemática existente en este punto, encontramos una interrogante fundamental que Eugenio Zaffaroni plantea en su libro titulado *La Pachamama y lo humano*: «Los entes no humanos, deben tener derechos», de lo que surgen, además, «¿por qué genera tanta incomodidad esta expansión de los límites del derecho? ¿A qué se debe esta conmoción producto del reconocimiento de la personería jurídica a la naturaleza o los animales?»<sup>59</sup>. Pues bien, si otras entidades, incluso ficticias o creadas por el ser humano tienen derechos, como las personas jurídicas, ¿por qué otras, teniendo existencia real, no lo debieran tener? No solo Pacha Mama, también otras entidades se van considerando como sujetos. Un caso interesante que plantea Andrés Núñez es el de las ciudades sujetos, que se refieren «al momento a través del cual una forma de racionalidad –la ciudad– toma conciencia de sí y se define temporalmente. En otros términos, cuando aquella formación histórica adquiere una identidad propia, tornándose, por tanto, cierta para los espectadores (pasados y actuales)»<sup>60</sup>. De ahí que hablemos de Temuco, Talca y Santiago, entre otras, cada una con sus particularidades, aunque estén inmersas en el mismo país.

Así, pasamos de la naturaleza como objeto a la Naturaleza como sujeto. Independiente de que la Naturaleza forma parte esencial de la cosmovisión indígena, existen antecedentes en la visión occidental. Como ejemplo, es pertinente considerar la tesis del reconocimiento de derechos a los árboles. En ese sentido, es pertinente traer a colación el ensayo de Christopher Stone (*Should Trees Hacer Standing? And Other Essays on Law Morals and the Environment*, de 1996),

<sup>59</sup> Comba (2013), 170-172.

<sup>60</sup> Núñez (2010), 45-66.

considerado por algunos como el padre de los derechos de la Naturaleza. En efecto, nos recuerda Martínez y Acosta al respecto, que<sup>61</sup> *«Deberían los árboles tener derechos en juicio», «el hecho es que, cada vez que ha habido un movimiento que plantea el reconocimiento de derechos a nuevas ‘entidades’, la propuesta es obstaculizada por sonar extraña o espantosa o cómica. Esto es en parte porque hasta que el ente sin derechos no los recibe, nosotros no lo podemos ver como algo más que una cosa para nuestro uso. (...) Yo estoy proponiendo seriamente que debemos conferir derechos legales a los bosques, océanos, ríos y otro así llamados ‘recursos naturales’ en el ambiente –es decir, al ambiente natural en su totalidad»*. No obstante, hay antecedentes occidentales anteriores, particularmente en Estados Unidos, en un fallo de 1972 de la Suprema Corte, en un caso que se sinterizará en el siguiente párrafo.

En el caso *Sierra Club vs. Morton* se discutía sobre la construcción, por Walt Disney Enterprises Inc., de un complejo recreacional con capacidad de 14.000 visitantes diarios en el Mineral King Valley, sitio protegido como refugio natural y parte del Bosque Nacional Sequoia. Por su parte, Sierra Club impugnó judicialmente el proyecto que se llevaría a cabo, argumentando que el cambio de uso del Mineral King Valley provocaría impactos ambientales irreversibles. La Corte desestimó la reclamación Sierra Club fundamentando que ella no tenía legitimación activa para accionar debido a que no tenía un interés directo pues los eventuales daños ambientales, valga la redundancia, no perjudicarían sus intereses. Sin embargo, el Juez Douglas de la Corte, apartando su criterio de la mayoría, consideró *«que el consenso contemporáneo por la protección del equilibrio ecológico natural debería llevar a conceder a los objetos naturales el derecho a presentarse en juicio por su propia preservación y que la gente que más ha frecuentado los lugares y conoce más de su valor y sus maravillas debería poder hablar por la comunidad natural»*<sup>62</sup>.

A pesar de que el fallo fue en calidad de voto disidente, por presiones de la opinión pública Disney tuvo que desistirse del proyecto.

<sup>61</sup> Martínez y Acosta (2017).

<sup>62</sup> Melo (2010), 1.

Sin embargo, la decisión del juez Douglas causó impacto, quedando abierto el debate sobre la pertinencia de conceder derechos a objetos naturales y legitimación activa a terceros para accionar en su nombre<sup>63</sup>. Dicho criterio tuvo eco a nivel mundial, destacando, en 1972, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre para la Tierra) en 1992, en que participaron 172 gobiernos, incluidos 108 jefes de Estado y de Gobierno, adoptando acuerdos sobre la materia contenidos en el denominado Programa 21, un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible; la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, para adoptar medidas concretas para mejor ejecución del Programa 21<sup>64</sup>; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático<sup>65</sup> de 1992, también conocido como Protocolo de Kioto.

De forma tal que, para el mundo occidental, o más bien para el globo, también tiene relevancia y se ha considerado al medio ambiente como un sujeto digno de poder comparecer en juicio. Ahora bien, yendo al caso chileno, la Naturaleza o Pacha Mama no está reconocida expresamente. Lo que existe es el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, garantía constitucional de las personas y no un derecho de la Naturaleza<sup>66</sup>. Sin embargo, a nivel legal, encontramos la acción medioambiental. En efecto, dicho medio procesal se encuentra contemplado en la Ley No. 19.300, de 9 de marzo de 1994, que aprueba la Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y sus respectivas últimas modificaciones al año 2016. En efecto, el artículo 53 de la norma recién citada consagra que, «*Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la*

<sup>63</sup> Melo (2010), 2.

<sup>64</sup> Naciones Unidas (sin fecha).

<sup>65</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992.

<sup>66</sup> Constitución Política de la República de Chile, «*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.*

*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente».*

*reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado»*<sup>67</sup>. Es una acción separada completamente de los intereses patrimoniales del actor demandante, pues del texto mismo se entiende que no es incompatible con la acción de indemnización de perjuicios que pueda sufrir una persona.

En cuanto a la titularidad de la acción medioambiental, hay bastante amplitud para ser sujeto activo legitimado, con algunos límites o requisitos. Así, los titulares de la acción ambiental son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas; y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Asimismo, cualquier persona puede requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que esta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental<sup>68</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Se ha aportado a la teoría del Estado en particular con el elemento territorio, revisándolo desde las diferentes doctrinas que determinan su naturaleza jurídica, es decir, como objeto, elemento del Estado, límite de la competencia y sujeto. A pesar de que la primera parte del artículo se dedicó a realizar una síntesis de las principales aproximaciones al territorio, se han desarrollado casos interesantes que quiebran con lo clásico, encontrando, por ejemplo, Estados sin territorio, como el de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas de Malta. Por otro lado, la investigación es innovadora por el desarrollo constitucional en

<sup>67</sup> Ley No. 19.300 de 1994, artículo 53.

<sup>68</sup> Ley No. 19.300 de 1994, artículo 54.



Latinoamérica y medioambiental de las últimas décadas, relacionado con el desarrollo sostenible a nivel global.

En efecto, tanto desde la cosmovisión de los pueblos indígenas y de la perspectiva medioambiental se considera, ya sea con el nombre de Pacha Mama o como Naturaleza, al territorio con o en el que vivimos como sujeto de derecho. Bolivia y Ecuador incluso reconocen constitucionalmente a la Pacha Mama como un par más en su contrato social, que tiene derechos, desarrollando legislación al respecto. En el caso de Chile, si bien no es reconocida la visión de sus vecinos en este punto, sí se reconoce al medio ambiente ciertos derechos a nivel legislativo, en concreto con la Ley No. 19.300, que separa la reparación del medio ambiente respecto de la indemnización que corresponda a la persona afectada, pudiendo ejercer la acción, salvo algunos detalles, cualquier persona interesada en su reparación. Es decir, desde ambos puntos de partida, aunque el camino sea distinto, el final es el mismo: asumir que el territorio también es un sujeto de derecho, tal como lo son las personas naturales o jurídicas, con todo lo que ello implica.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### *Libros*

- Aponte Pino, Ramiro (2003): *Teoría constitucional* (Neiva, Editorial Universidad Surcolombiana).
- Aristóteles (1934): *La política* (trad. Pedro Simón Abril, Madrid, Ediciones Nuestra Raza).
- Dávalos González (2009): *El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución* (Quito, Editor Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos).
- Kelsen, Hans (1934): *Teoría pura del derecho* (trad. Moisés Nilve Editorial Universitaria de Buenos Aires, Sociedad de Economía Mixta, cuarta edición).
- Maquiavelo, Nicolas (1999): *El Príncipe* (editado por elaleph.com).

- Matarán Ruiz, Alberto y López Castellano, Fernando (2011): *La tierra no es muda: diálogos entre el desarrollo sostenible y el posdesarrollo* (Granada, Editor Universidad de Granada).
- Verdugo Marinkovic, Mario y García Barzelatto, Ana María (1998): *Manual de derecho político. Instituciones políticas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada) Tomo I.
- Vivanco Martínez, Angela (2006): *Curso de derecho constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición ampliada) Tomo I.

### Artículos

- Artaraz, Kepa y Calestani, Melania (2013): «Vivir bien, entre utopía y realidad», *Tabula Rasa*, No. 18, enero-junio, pp. 99-117.
- Carducci, Michelle y Castillo Amaya, Lída Patricia (2016): «Nuevo constitucionalismo de la biodiversidad vs. neoconstitucionalismo del riesgo», *Sequência*, No. 73, mayo-agosto, pp. 255-284.
- Comba, Antonella (2013): «Comentario a Eugenio Raúl Zaffaroni: la pachamama y lo humano», *Delito y Sociedad*, vol. 22, No. 36, diciembre, pp. 170-172.
- Dal Ri Júnior, Arno y Carnesella, Gustavo (2017): «El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del derecho internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la ‘Opinión Consultiva Kosovo’ (1933- 2010)», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, enero-diciembre, pp. 513-546.
- Foerster, Rolf (2012): «Isla de Pascua e Isla Grande de Tierra del Fuego: semejanzas y diferencias en los vínculos de las compañías explotadoras y los ‘indígenas’», *Magallania*, vol. 40. No. 1, pp. 45-62.
- Fourcade, Marión (2016): «Dinero y sentimientos: Valuación económica y la naturaleza de la ‘Naturaleza’», *Apuntes de Investigación del CECYP*, No. 27, junio.
- Gornig, Gilbert y Ribera, Teodoro (2010): «Creación y extinción de los Estados de acuerdo con derecho internacional», *Estudios Internacionales*, Universidad de Chile, No. 167, pp. 27-53.
- Gregor Barié, Cletus (2014): «Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza», *Latinoamérica*, No. 59, julio-diciembre, pp. 9-40.
- Guild, Elspeth (2017): «Fronteras en movimiento: ¿hacia dónde va la seguridad cuando la soberanía migra?», *Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana*, vol. 25, No. 51, diciembre, pp. 109-128.

- Huanacuni Mamani, Fernando (2018): «Los derechos de la Madre Tierra», *Revista de Actualización Clínica Investiga*, vol. 3, No. 4, pp. 157-169.
- Jiménez, William Guillermo (2012): «Constitucionalismo, Estado y territorio en el contexto de la globalización», *Civilizar*, vol. 12, No. 23, julio-diciembre, pp. 79-96.
- López Pérez, Ricardo (1997): «Democracia y liberalismo. Párrafos comentados de Pericles, Rousseau, Spencer, Tocqueville y Marx», *Democracia y Liberalismo*, No., pp. 152-156.
- Martínez, Esperanza y Acosta, Alberto (2017): «Los derechos de la Naturaleza, puerta de entrada a otro mundo posible», *Direito & Práxis*, vol. 8, No. 4, pp. 2927-2961.
- Melo, Mario (2010): «Derechos de la Pachamama: un paradigma emergente frente a la crisis ambiental global», *Aportes Andinos*, No. 27, julio, pp. 1-7.
- Núñez, Andrés (2010): «La ciudad como sujeto: formas y procesos de su constitución moderna en Chile, siglos XVIII y XIX», *Revista de Geografía Norte Grande*, No. 46, septiembre, pp. 45-66.
- Paternina, Hugo Alejandro y Gamboa, Juan Carlos (1999): «Los gitanos: tras la huella de un pueblo nómada», *Nómadas*, No. 10, abril, pp. 156-170.
- Sordé, Teresa; Flecha, Ramón; Mircea Alexiu, Teodor (2013): «El pueblo gitano: una identidad global sin territorio», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 17. No. 427 (3), disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-427/sn-427-3.htm> (Fecha de consulta 27.11.2019).
- Vanhulst, Julien (2015): «El laberinto de los discursos del buen vivir: entre Sumak Kawsay y socialismo del siglo XXI», *Polis*, vol. 14, No. 40, marzo, pp. 233-261.

### *Documentos electrónicos*

- BBC Mundo (2017): «Estados Unidos: por qué la compra de Alaska a Rusia fue uno de los más grandes negocios de la historia». Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39437922> [Fecha de consulta: 31.07.2018].
- Naciones Unidas (sin fecha): «Resultados sobre el desarrollo sostenible». Disponible en <http://www.un.org/es/development/devagenda/sustainable.shtml> [Fecha de consulta: 27.09.2018].
- Rivera, Marco Octavio (2016): «Tras seis años de la 071, aún no hay la Defensoría de la Madre Tierra». Disponible en <https://www.>

paginasiete.bo/nacional/2016/2/29/tras-anos-071-defensoria-madre-tierra-88232.html [Fecha de consulta: 27.09.2018].

Secretaría de Naciones Unidas (2016): «Determinación de las cuotas de los Estados miembros al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas para el año 2017». Disponible en <https://undocs.org/es/ST%20/ADM/SER.B/955> [Fecha de consulta: 01.10.2018].

## NORMAS CITADAS

Carta Constitucional y Código de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas y de Malta de 27 de junio de 1961, reformada por el Capítulo General Extraordinario de 27-30 de abril de 1997.

Código Civil chileno, actualizado al 20.03.2018.

Constitución de la República de Ecuador, actualizada al 13.07.2011.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, actualizada al 27.12.2011.

Constitución Política de la República de Chile, actualizada al 16.06.2018.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático adoptada en 1992.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos Nos. 11 y 14, completado por el Protocolo adicional y los Protocolos Nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16 (este último de 02.10.2013).

Ley No. 071 de Bolivia (21.12.2010) Ley de Derechos de la Madre Tierra.

Ley No. 19.300 de Chile (09.03.1994) Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, actualizada al 01.06.2016.

Ley No. 300 de Bolivia (15.10.2012) Ley Marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien.

Resolución No. 48/265 de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén de Rodas y de Malta (24.08.1994).



EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL  
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA  
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE CONSTITUTIONAL RECOGNITION  
OF INDIGENOUS PEOPLES AND THE  
JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN  
COURT OF HUMAN RIGHTS.

*Hanz Hoffhein Escalona\**  
*Jaime González Orellana\*\**

RESUMEN

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile no se ha materializado, a pesar de los proyectos que se han presentado. Sin embargo, el artículo 5 de la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales, junto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han fijado criterios en relación con esta interrogante.

El presente texto se refiere a la interrogante del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en la Constitución Política de Chile. Para ello se propone un breve análisis de los proyectos de

---

\* Estudiante de sexto semestre de Derecho en la Universidad Autónoma de Chile, ayudante de investigación, secretario académico de la Sociedad Científica de Interés Penal, ayudante del área de Derecho Constitucional y miembro del Grupo de Interés de Derecho del Trabajo.

\*\* Estudiante de sexto semestre de Derecho en la Universidad Autónoma de Chile, ayudante de investigación, Dirección de Finanzas de la Sociedad Científica de Interés Penal, ayudante del área de Derecho Penal y miembro del Grupo de Interés de Derecho del Trabajo.

reforma constitucional, un estudio desde la perspectiva de los derechos fundamentales y un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consistentes en determinar criterios aplicables al reconocimiento constitucional.

## PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Corte Interamericana, jurisprudencia, bloque de constitucionalidad

## ABSTRACT

The present text, refers to the question of the constitutional recognition of indigenous peoples in the political constitution of Chile, for this, a brief analysis of the projects of constitutional reform is proposed, a study from the perspective of fundamental rights; and an analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, consisting of determining criteria applicable to constitutional recognition.

## KEY WORDS

Human rights; Inter-American Court; Jurisprudence, Constitutionality Block

## I. INTRODUCCIÓN

La dimensión política constitucional de los pueblos originarios es una materia compleja de abordar pues propone varias cuestiones a tener en consideración que parecen no tener respuestas unánimes y, sin duda, constituye unos de los grandes desafíos de las últimas décadas.

Los países latinoamericanos han adoptado diversas formas de reconocimiento de los pueblos indígenas, según su tradición republicana y desarrollo histórico. En el caso de Chile, debemos recurrir

a la Ley sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena<sup>1</sup> (Conadi), la cual establece: «*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*»<sup>2</sup>. De esta forma se reconocen los pueblos originarios en nuestra legislación. Luego se establecen 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, además que «*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*»<sup>3</sup>.

En México se reconocen en la constitución, destacando la multiculturalidad y el hecho que México proviene de pueblos indígenas: «*La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que 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*»<sup>4</sup>. En el caso de la Constitución argentina, se reconocen de una forma indirecta, al establecer que dentro de las atribuciones del Congreso Nacional se encuentra el reconocimiento «*de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios*»<sup>5</sup>. La Constitución del Perú reconoce, por su parte, la identidad cultural de las comunidades nativas y su existencia legal como personas jurídicas<sup>6</sup>. La Constitución Política de Colombia, en su artículo 7, dispone: «*El Estado reconoce y protege*

<sup>1</sup> Ley No. 19.253 de 1993.

<sup>2</sup> Artículo 1° de la Ley No. 19.253 de 1993.

<sup>3</sup> Artículo 1°, Inciso 2, de la Ley No. 19.253 de 1993.

<sup>4</sup> Artículo 2°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (05/02/1917) México. [Fecha de consulta:14.09.2018].

<sup>5</sup> Artículo 75, No. 17, de la Constitución de la Nación Argentina (03/01/1995) Argentina.

<sup>6</sup> Artículo 89 de la Constitución Política del Perú (01/01/1994), Perú.



*la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*»<sup>7</sup>, reconocimiento constitucional que requiere mayor ahondamiento pues, para consolidar este reconocimiento se hizo necesario desarrollar una asamblea constituyente, que contó con la participación de tres representantes indígenas, de diversas comunidades, que, luego de diversos debates, concluyó incorporando amplias disposiciones sobre el derecho indígena en el nuevo texto constitucional<sup>8</sup>. Asimismo otros países como Bolivia, Nicaragua, Venezuela y Panamá, cuentan con reconocimientos constitucionales respecto a sus pueblos originarios<sup>9</sup>.

El reconocimiento constitucional es, por tanto, algo utilizado por los países vecinos, ya sea de manera directa o indirecta, y se explica como respuesta a una preocupación por mejorar la relación con sus pueblos como medida de integración, además de la valorización de la multiculturalidad, característica inherente a los proceso de colonización forzosa y sus consecuencias, que se han desarrollado y agudizado en América en los últimos siglos. Estos reconocimientos tienen una finalidad concreta: reconciliar, unificar los pueblos haciendo, de estas diferencias, una razón de enriquecimiento que incentiva las actividades económicas, sobre todo de turismo, que facilitan el desarrollo cultural de las comunidades. El Estado, a su vez, se beneficia con la integración territorial y la solución de los conflictos.

El reconocimiento constitucional no es algo extraño o nuevo para Chile, puesto que se ha intentado consolidar un reconocimiento desde el regreso a la democracia, principalmente en el capítulo «Bases de la institucionalidad» que, en atención a su contenido y valor, ha sido considerado el medio eficaz para lograrlo, fundamentalmente por la cantidad de proyectos de reforma que pasaremos a revisar.

El primer intento de realizar un reconocimiento constitucional se remonta a 1991, en el Gobierno de Patricio Aylwin, a través de un mensaje que pretendía modificar el artículo 1° de la Constitución Política agregando un inciso, que establecía que «El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los *pueblos*

---

<sup>7</sup> Artículo 7 de la Constitución Política de Colombia 1991, Colombia.

<sup>8</sup> Semper (2006) 772.

<sup>9</sup> Henríquez (2005) 9.

*indígenas* que integran la Nación Chilena»<sup>10</sup>. Esta propuesta fracasó debido a la redacción de la disposición, que no pudo interesar a la oposición de la época ya que el concepto pueblos indígenas estaba en contradicción con el carácter unitario del Estado chileno. Cabe destacar que tal iniciativa nace con la intención de ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Si bien se hizo una corrección al proyecto y este fue discutido por el Congreso, finalmente se paralizó. Podemos considerar, además, el clima de incertidumbre política en que se desarrollaba, donde todos los cambios que se implementarían fueron cuidadosamente realizados.

En 1999, durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con la intención de poder ratificar el Convenio 169 de la OIT y, además, mejorar la relación con los pueblos originarios teniendo en vista poder consolidar megaproyectos industriales, principalmente en la Araucanía, orientados a posicionar la industria forestal maderera en aquellas zonas donde las comunidades indígenas tenían una fuerte presencia, resurge la *cuestión mapuche* y, con ello, revive el proyecto de reforma constitucional, el cual sufre dos grandes modificaciones. La primera propone que «*El Estado reconoce a los pueblos indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes mecanismos de participación en los asuntos que les competen, en iguales términos que a todos los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena*»<sup>11</sup>. Rápidamente dividió al Congreso, ya que, como se observa hasta hoy, no existe una política nacional con respecto a la cuestión indígena, por tanto no se logró articular un acuerdo respecto de lo que se quería lograr y de qué manera este reconocimiento podía resolver las necesidades de las comunidades indígenas, ya que, para los congresales de la época, lo que más preocupaba era el poco desarrollo en que se encontraban las comunidades indígenas y no la representación política, lo que hace que el proyecto vuelva a la comisión, modificándose nuevamente. Esta vez se propone: «*El Estado reconoce a los pueblos*

<sup>10</sup> Donoso y Palacios (2018), p. 3.

<sup>11</sup> Donoso y Palacios (2018), p. 5.

*indígenas, los cuales integran la Nación chilena. La ley promoverá el respeto y desarrollo de sus culturas, lenguas, organización social y costumbres, y garantizará a sus integrantes la participación que les corresponde*<sup>12</sup>. Dicho proyecto se somete a una ardua discusión. (la tramitación se extendió por cinco años). Finalmente, en octubre del año 2000 fue rechazado por falta de quórum.

En el Gobierno de Ricardo Lagos, entre los años 2003 y 2004 y en el contexto de una profunda reforma constitucional que se estaba desarrollando, nuevamente se propone un reconocimiento constitucional, con la intención de corregir la invisibilidad y negación que habían sufrido los pueblos indígenas como un modo de enmendar dichas acciones de segregación, por lo que se propone la siguiente redacción: «La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad»<sup>13</sup>. Dicho proyecto también fue cuestionado. La problemática se suscitó esta vez sobre el término *pueblo*, ya que, en el entendido de la época, podía comprometer la soberanía del Estado y, con ello, afectar la unidad del país, lo que trajo como consecuencia que no hubiera consenso.

En el primer gobierno de Michelle Bachelet, en el año 2007, un grupo de senadores presentó un nuevo proyecto de reconocimiento constitucional, que se puede apreciar en Boletín 5522-07. Dos meses después el Ejecutivo presenta un proyecto con miras al mismo tema, así se puede observar en el Boletín 5324-07. Entre tanto y para mejorar su discusión, se decide refundirlos en un mismo proyecto.

En marzo de 2008, luego de 17 años de discusión en el Congreso, se aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de gran importancia, al que nos referiremos más adelante.

<sup>12</sup> Donoso y Palacios (2018) 5.

<sup>13</sup> Donoso y Palacios (2018) 6.

El proyecto refundido se presenta a las cámaras en enero de 2009<sup>14</sup>. Esta vez, el término *pueblos* fue resuelto gracias al Tribunal Constitucional, en relación al requerimiento presentado sobre el Convenio 169 de la OIT, donde resolvió que «pueblos indígenas, debía ser considerada en el ámbito de dicho tratado como un conjunto o grupo de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte». De esta manera fue subsanando el conflicto y principal argumento de los que se oponían al proyecto, en torno a que se comprometía gravemente la soberanía del Estado de Chile.

Este proyecto sí obtuvo un apoyo transversal en el Congreso, pero se omitió un nuevo compromiso que había adoptado el Estado: el deber de consulta indígena de carácter vinculante, conforme a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Se realizó la consulta y este fue aprobado por la sala del Senado en 2009. El proyecto pasó a la siguiente cámara entre indicaciones, comisiones y la asignación de diferentes urgencias, en 2012 se paralizó y no fue reactivado.

Entre los años 2012 y 2015 fueron presentados distintos proyectos de reforma constitucional, sin embargo, ninguna llegó a ser revisado por las cámaras. Durante el año 2017, Michelle Bachelet, en su segundo mandato, incluye nuevamente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como parte del programa de gobierno. Impulsa entonces el denominado Proceso Participativo Constituyente Indígena, la sistematización de cuyos resultados fueron entregados a la presidenta de la República a principios de mayo de 2017. En agosto de 2017 se dio inicio al proceso de consulta indígena, conforme a lo que establecía el Convenio 169, en relación al proyecto de reforma constitucional, incluyendo un diálogo nacional que se extendió por seis días, entre el 16 y 21 de octubre<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Donoso y Palacios (2018) 8.

<sup>15</sup> Donoso y Palacios (2018) 10.

El Estado de Chile ha hecho un reconocimiento legal de los pueblos indígenas; ha intentado por casi 30 años consolidar un reconocimiento constitucional, en el capítulo I, «Bases de la institucionalidad», que, si bien es un avance, parece no ser suficiente, ya que no ha logrado satisfacer las necesidades, demandas y cuestionamientos al respecto. Por ende, es importante abordar la materia constitucional que, como ya se dijo, es un tema complejo, que plantea varias dificultades, por lo cual analizaremos diversos enfoques. El primero, un reconocimiento indígena en los derechos fundamentales; luego el reconocimiento indígena y su vinculación con el artículo 5 de la Constitución Política de Chile, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2. UN RECONOCIMIENTO INDÍGENA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de derechos fundamentales, no hay una sola concepción, existen varios autores que se refieren a lo que debemos entender por un derecho fundamental. Entre los constitucionalistas más importantes, Luis Ferrajoli los comprende como derechos subjetivos universales, entregados a todos por compartir el estatus de personas, de ciudadanos. Por otra parte, en su concepto de derecho subjetivo, incluye a toda expectativa positiva y negativa «como presupuesto de su idoneidad para ser titular de derechos fundamentales»<sup>16</sup>, por tanto, lo que los dota de contenido, lo que hacen que sean derechos constitucionales, es su universalidad, su imputación, hecho que ha sido criticado porque no toda expectativa puede ser constitutiva de fundamental<sup>17</sup>. En este mismo sentido, también se ha criticado la conceptualización del derecho porque resulta ineficaz, en cuanto no nos dice cuáles son los criterios a tener en cuenta para considerar o descartar un derecho como fundamental; solo nos presenta que determinadas expectativas, por ser compartidas, han sido reconocidas en un Estado.

---

<sup>16</sup> Contreras (2012) 124-125.

<sup>17</sup> Contreras (2012) 126.

En consecuencia, debemos recurrir a una concepción diferente. Para ello debemos reconocer la importancia que ha tenido el derecho natural. Al respecto, Dworkin sostiene que los derechos fundamentales no tienen su existencia en una norma jurídica, ni tampoco son el producto de alguna legislación, convención o contrato hipotético<sup>18</sup>. Conforme a esto, y para mayor exactitud, el profesor Pereira Menaut define estos derechos como pretensiones, facultades e inmunidades de las personas, que tienen como fundamento su naturaleza humana y normalmente son reconocidos por las constituciones. Lo relevante en esta forma de entender los derechos fundamentales es que las normas jurídicas no los crean ni los constituyen, sino que los reconocen y declaran, asegurando su protección legal y jurisdiccional<sup>19</sup>. En resumen, estos derechos tienen un origen anterior al derecho positivo y son consecuencia, directa e inmediata, del solo hecho de ser persona, que eso les otorga validez.

En cuanto a su eficacia, Gregorio Peces-Barba señala que el hecho de que estén constitucionalizados deriva en la posibilidad para que los sujetos de derecho se los atribuyan como facultad y, en caso de amenazas, perturbaciones o vulneraciones, los legitime para accionar ante los tribunales de justicia, el restablecimiento de la situación y protección de su derecho subjetivo, utilizando, si fuese necesario para ello, el aparato coactivo del Estado<sup>20</sup>. Esto significa que el Estado pone a disposición de particulares mecanismos jurídicos específicos para reestablecer o tutelar de manera efectiva sus derechos constitucionales, ya sea ante la acción del propio Estado o del resto de los particulares. Dicho todo lo anterior, podemos concluir que un derecho, para tener un carácter de fundamental, debe ser universal y común a todos los hombres y que no cualquier expectativa constituye un derecho de esta naturaleza, ya que muchas necesidades jurídicas pueden ser satisfechas por normas ordinarias, que para ostentar esta calidad se debe responder a una necesidad legítima, en el sentido que tal expectativa debe ser de tal intensidad, que solo aquellas que

---

<sup>18</sup> Nogueira (2003c) 27.

<sup>19</sup> Pereira (2006) 251-252.

<sup>20</sup> Nogueira (2003c) 52.

guarden directa relación con la dignidad humana pueden considerarse como fundamentales, y que solo se verán satisfechas con los mecanismos de protección que la constitución asegura.

En consecuencia, ya teniendo claras las distinciones esenciales, podemos añadir que los derechos fundamentales, por regla general solicitan una abstención por parte del Estado, es decir, que el Estado tolere o permita ciertas actuaciones de los particulares que se traducen en los derechos de primera y segunda generación; o de otro modo solicitan acciones –prestaciones jurídicas determinadas–, que son los llamados derechos de tercera y cuarta generación<sup>21</sup>, relativos a derechos económicos, sociales y culturales.

Surge la interrogante respecto de si el estatus de ser parte de un pueblo indígena, originario, estaría comprendido dentro de los derechos de tercera generación, esto es, de un carácter social y cultural, ya que en este entendido, el derecho fundamental tendría como fin en sí mismo la reivindicación social de los pueblos indígenas que habitaron Chile antes de la invasión española, como modo de promover la paz y poner fin a los diversos conflictos existentes en la actualidad, con mayor notoriedad el de la Araucanía.

¿Podemos decir que tal fundamento es de un carácter universal y común a todos los hombres? ¿O que guarda directa relación con la dignidad humana? ¿O que la única manera de ser satisfecho es a través de un reconocimiento constitucional? Consideramos más bien que el reconocimiento constitucional se entiende como una categoría protegida, no como un derecho fundamental, un interés estatal urgente por dismantelar situaciones de exclusión y segregación estructural de un grupo de la sociedad: pueblos indígenas que han sufrido sistemáticas exclusiones en el tiempo, de carácter histórico, que tendrían por finalidad la integración, otorgarles protección, poner fin al sometimiento estructural a través de acciones estatales tendientes a compensar las diferencias, comprendidas desde el principio de no sometimiento, para poner fin a la situación de

---

<sup>21</sup> Corres (2009) 110-112.

desigualdad<sup>22</sup>. Dicha distinción debe ser razonable, para no producir discriminaciones con efecto inverso.

Cabe preguntarse hasta qué punto un grupo protegido no producirá un efecto inverso. Es necesario tener en cuenta que las situaciones de discriminación deben ser resueltas en el caso concreto, tomando en consideración todos los elementos aportados en la causa, para determinar si es arbitraria o no la diferencia que se hubiese llevado a cabo<sup>23</sup>. Esto significa que, para los casos de discriminación, la recopilación de antecedentes es fundamental, ya que las causas de discriminación nunca serán iguales, provienen de fuentes diversas. He aquí la importancia de la acción positiva a emprender.

Podemos establecer tres presupuestos para considerar tal diferencia como justificada: primero, la existencia de un grupo individualizable; segundo, que este grupo haya resultado excluido sistemáticamente por un tiempo considerable, de modo de perpetuar dicha situación de sometimiento y; tercero, que este mecanismo sea relevante para el desarrollo de este grupo y ejercicio de sus derechos<sup>24</sup>.

Si aplicamos los criterios al reconocimiento de los pueblos indígenas, desde la perspectiva de los derechos fundamentales debemos señalar que es un grupo individualizable y que el Estado sí ha desplegado acciones para poner fin a su situación de sometimiento, como lo es la reivindicación de territorios ancestrales, la entrega de recursos para potenciar actividades de turismo y agroindustriales, que tiene por finalidad el sustento de las comunidades, además de integrar programas de promoción, difusión, de la cultura y costumbres de los pueblos indígenas.

No desconocemos que las herramientas que existen han sido insuficientes, que deban ser perfeccionadas, pero es evidente que el reconocimiento constitucional, como derecho fundamental, no resuelve las problemáticas que se necesitan para poder posicionar de manera horizontal a las comunidades indígenas, esto es: autogestión, multiculturalidad, participación política, una nueva reorganización

---

<sup>22</sup> Saba (2008) 36.

<sup>23</sup> Iñiguez (2014) 515.

<sup>24</sup> Saba (2008) 34.



institucional, que delimite las responsabilidades y roles, una nueva política institucional en las tratativas de los territorios indígenas, además de definir la política nacional indígena y velar por su implementación; a propósito de la anteriormente expuesto, se reafirma que esta no parece ser la vía correcta, ya que las acciones que entregaría tal derecho fundamental se encuentran implícitamente satisfechas en otros derechos de la Constitución. Así podemos encontrar el artículo 1º, 19 N°2, 3º, 6º, 7º, 10º, 12º y 13º, que establecen parámetros de igualdad y dignidad, este se refiere a una igualdad esencial, en un sentido amplio y genérico, que se extiende a todos los miembros de la sociedad humana, sin distinción, ni exclusión<sup>25</sup>.

Dentro del catálogo de los derechos del artículo 19 se asegura a las personas la igualdad ante la ley, que en Chile no existen grupos privilegiados y que ni la ley, ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias<sup>26</sup>. Esto se encuentra en armonía con el artículo 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, en forma más escueta, en su artículo 24, determina que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley<sup>27</sup>.

La única forma de justificar tal reconocimiento es a través de una concepción histórica de los derechos fundamentales, entendiéndose que los derechos fundamentales, «*no se encuentra en la «naturaleza humana»*», sino en las necesidades sociales y las posibilidades de darles satisfacción en la sociedad. Como señala Peris: la temática específica

<sup>25</sup> Cea (2015) 204.

<sup>26</sup> Artículo 19 No. 2, de la Constitución Política de Chile de 2005.

<sup>27</sup> Nogueira (2006a) 65.

de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar»<sup>28</sup>, es decir los derechos fundamentales son un medio para conseguir los fines que una sociedad determinada busca consolidar. Desde esta perspectiva, un derecho fundamental, para los pueblos originarios, se realizaría con el objetivo de satisfacer una necesidad social, de otorgarles igualdad, pero para ello tendríamos que cambiar la concepción jurídica de los derechos fundamentales y, como señala el profesor Pereira Menaut, una comunidad política es compleja, en no pocos casos multicultural, sometida a tendencias contrapuestas y a crisis profundas acerca de los valores esenciales de una comunidad democrática<sup>29</sup>.

### 3. EL RECONOCIMIENTO INDÍGENA Y SU VINCULACIÓN CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución Política de Chile, en su artículo 5, establece que el ejercicio de la soberanía está limitado por «el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», además señala que «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»<sup>30</sup>. De esta manera se constituye el bloque constitucional, que está compuesto por «*todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*», lo que tiene como efecto que la Constitución Política extiende su protección a derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en ella, sino a todos los que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales vigentes y demás fuentes del derecho internacional, que son esenciales y emanan de la naturaleza humana, por ende, se le entrega una jerarquía diferenciada a aquellos tratados que versan sobre derechos humanos.

<sup>28</sup> Nogueira (2003c) 40.

<sup>29</sup> Pereira (2006) 255.

<sup>30</sup> Artículo 5°, de la Constitución Política de Chile de 2005.

El bloque de constitucionalidad estaría formado entonces por los derechos de la Carta Fundamental, lo que asegura el derecho internacional por medio del *Ius Cogens*, el derecho convencional internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los que asegura el derecho internacional consuetudinario, además del control de convencionalidad en el ámbito interno que consiste en el deber de los órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>31</sup>.

Así también lo ha considerado el Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia Rol No. 1340-10, en las que se establece que Chile ha ratificado diversos tratados internacionales, como lo son la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que Chile tiene la obligación de respetar y promover en los términos establecidos, en el inciso segundo del artículo 5 de la Carta Fundamental<sup>32</sup>, esto se reafirma por parte del Tribunal Constitucional en la sentencia Rol No. 2493-13, en la que resuelve que es un mandato constitucional el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana, consagrados por instrumentos internacionales, que tales derechos no se pueden desentender al momento de un juzgamiento, ya que su aplicación es directa y fundante del bloque de constitucionalidad y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sentado jurisprudencia en orden a determinados temas que se le han consultado<sup>33</sup>. Esto sin duda supera la discusión doctrinaria acerca de la jerarquía de los derechos que versan sobre derechos humanos, por lo que deben entenderse todas las normas internas y externas partes del bloque de constitucionalidad, como

---

<sup>31</sup> Nogueira (2006a) 65.

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional de Chile (29.11.2009).

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional de Chile (06.05.2014).

una forma de mejorar la protección de los derechos, por tanto, se entienden plenamente aplicables en Chile.

En cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas, debemos preguntarnos qué ha sostenido la Corte, qué criterios ha establecido en torno a esta materia. Por ello analizaremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto si se ha referido, o ha establecido criterios, de carácter individual o colectivo. Existe una nutrida jurisprudencia en las que se promueven varias controversias, si bien los fallos son extensos, solamente nos remitiremos a aquellos puntos que nos interesan para la presente exposición, es decir, a los criterios que digan relación con aquellos elementos que deben componer un reconocimiento para los pueblos indígenas. A este respecto hemos limitado a cuatro puntos relevantes, sobre los cuales se debe construir un reconocimiento constitucional. Vamos a desarrollar, primero, los reconocimientos jurídicos propiamente tales; segundo, para la Convención el origen étnico es una categoría protegida; tercero, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y la dignidad de los pueblos; cuarto y último, el Convenio 169 de la OIT.

### 3.1 Reconocimientos jurídicos

#### 3.1.1 Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018)

La Corte critica el carácter programático de las normas sobre protección indígena, así lo establece en su considerando 124: «*Un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de sentido si las poblaciones o pueblos interesados no pueden ejercitar plenamente y de forma pacífica su derecho*»<sup>34</sup>.

Además, añade en su considerando 188: «*el Estado deberá adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otro carácter necesario para lograr su saneamiento efectivo, acorde con su derecho*

<sup>34</sup> Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018), p. 32.

*consuetudinario, valores, usos y costumbres. Asimismo, deberá garantizarles a los miembros de la Comunidad que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas»<sup>35</sup>.*

### 3.1.2 Pueblo Indígena Kichwa de Sarayak vs. Ecuador (2012)

El mismo argumento se establece en los considerandos 146 y 163, que agregan que los Estados «*deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*»<sup>36</sup>.

En la jurisprudencia analizada, la CIDH critica los reconocimientos de carácter programáticos, aquellos reconocimientos que no facilitan o no ayudan a los pueblos indígenas a ejercer plenamente sus derechos. Para este tribunal internacional, estos reconocimientos carecen de sentido. Sea de normales legales o de la misma Constitución, no debemos perder de vista que las condiciones sobre las cuales se han desarrollan las comunidades, han tenido un efecto negativo en su cultura, en cuanto a la pérdida de usos y costumbres, lengua nativa, educación; los reconocimientos constitucionales simbólicos no tienen por objeto posicionar de mejor manera a los pueblos indígenas, ni mejorar, en alguna medida, al ejercicio de sus derechos, sino más bien cumplir con obligaciones o demandas internas de sus ciudadanos, pero no buscan cambiar sustancialmente la posición de la comunidades, ni otorgarles representación dentro del que hacer nacional.

---

<sup>35</sup> Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018) 48.

<sup>36</sup> Pueblo Indígena Kichwa de Sarayak vs. Ecuador (2012) 40, 44.

## 3.2 *El origen étnico es una categoría protegida*

### 3.2.1 *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile (2014)*

En el considerando 206, dispone: «*esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención*»<sup>37</sup>.

Además, considera que «*los comuneros indígenas son importantes para la dirección política, espiritual y social de sus respectivas comunidades, por lo que la pena accesoria de inhabilidad absoluta de ejercer cargos públicos y derechos políticos, constituye una gravísima afectación a sus derechos, particularmente en el caso de los señores Ancalaf Llaupe, Norín Catrimán y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades, dicha restricción no afecta solo ellos sino también el de los miembros del Pueblo indígena Mapuche a quienes representaban, por lo que la Corte concluye que el Estado violó los derechos políticos, protegidos en el artículo 23 de la Convención Americana*»<sup>38</sup>.

### 3.2.2 *Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008)*

La cidh hace énfasis en que se necesitan acciones adicionales para el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades, sobre ello «*Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural*»<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Norín Catrimán y otros (2014) 125-129.

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008) 26.

### 3.2.3 Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)

La Corte reitera la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas, «*sin discriminación alguna*». Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, *per se*, incompatible con ella<sup>40</sup>.

Un segundo aspecto relevante a considerar en un reconocimiento constitucional, es el derecho a la igualdad y no discriminación, que debe abarcar o hacerse cargo de dos concepciones: una concepción negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias que, en materia de comuneros indígenas, ha sido una práctica habitual, en cuanto a la contradicción de interés entre las corporaciones y las comunidades, donde ha habido un trato discriminatorio, que un reconocimiento constitucional necesariamente debería fortalecer; y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En esta materia es conveniente plantear la necesidad de representatividad legislativa de la comunidades, donde ya se han introducido leyes de cuota, en otras materias de interés, como lo es la igualdad de género, en cargos públicos y de elección popular, que siempre son de carácter transitorio, para no generar discriminaciones con efecto inverso.

---

<sup>40</sup> Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010) 41, 4.

### 3.3 *El derecho de propiedad de los pueblos indígenas guarda directa relación con la dignidad humana*

#### 3.3.1 *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)*

En los considerandos 137 y 154, de la sentencia, la Corte manifiesta que se debe tener en cuenta que para estos pueblos la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres, lenguas, artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores<sup>41</sup>, que se vinculan directamente con los artículos 21 y 1.1 de la convención americana.

Así también lo dispone en el considerando 130, que «*el Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana*»<sup>42</sup>.

#### 3.3.2 *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006)*

Los considerandos 118 y 121 de la sentencia caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, se refiere a la importancia del territorio para las comunidades y a la estrecha relación que guarda con su cosmovisión<sup>43</sup>.

Por su parte, el considerando 117 reafirma la importancia que tiene el Convenio 169 de la OIT, para una mejor comprensión de estas materias<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), p. 83.

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006), pp. 69-70.

<sup>44</sup> *Idem.*



### 3.3.3 *Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010)*

En el considerando 147, la Corte estima que la relación con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material<sup>45</sup>.

Por su parte, el considerando 117 vuelve a reafirmar la importancia que tiene el Convenio 169 de la OIT<sup>46</sup>.

### 3.3.4 *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)*

En su considerando 157 reafirma la importancia del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, porque, a consideración de la Corte, constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>47</sup>.

### 3.3.5 *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014)*

En el considerando 111, la Corte estima que *«el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad»*<sup>48</sup>.

Asimismo establece que *«el artículo 21 de la Convención Americana no hace mención expresa de la propiedad colectiva y mucho menos alusión a la propiedad indígena; en este entendido, al analizar los alcances del artículo 21 del Pacto de San José, ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a*

---

<sup>45</sup> Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010) 40.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010) 41, 4.

<sup>48</sup> Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014), Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Con-  
tencioso 39.

*la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo»<sup>49</sup>.*

El derecho de propiedad, en un reconocimiento constitucional, es un tema relevante a abordar, pues debe hacerse cargo de dos formas de entender la propiedad: por una parte, la mirada occidental contemporánea de libre mercado, propia de la sociedad en la que vivimos, y, por otro, la concepción de propiedad de los pueblos indígenas, donde la tierra está estrechamente vinculada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres, lenguas, artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores.

Dicho punto de vista no tiene relación con la forma de concebir la propiedad occidental, entendida como la explotación y obtención de recursos, de ganancias, de lucrar, de generar recursos y crecimiento económico. Esto se agudiza por la comprensión de la pertenencia por medio de las comunidades indígenas, que no se centra en el individuo, sino en el grupo y su comunidad, ya que estos viven y se desarrollan con ella, a raíz de lo cual se origina un vacío complejo en cuanto al ejercicio de los derechos de propiedad, que no siempre resultan compatible con la regulación tradicional de la propiedad privada.

En conclusión, vuelve a ser necesario plantearse cómo hacerse cargo de aquello a través de la introducción de programas o la representatividad legislativa de las comunidades, en paralelo a las leyes de cuota en materias de género para cargos públicos y de elección popular.

### *3.4 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*

En las consideraciones de la Corte se utiliza la normativa del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pero ¿qué es el Convenio 169 de la OIT? Al respecto, debemos decir

---

<sup>49</sup> Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014), p. 4.

que es un tratado internacional logrado por el consenso tripartito de la OIT, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, de los Estado-nación donde viven y la responsabilidad de los Estados por proteger estos derechos, *«además es un punto de referencia internacional, citado y utilizado por los órganos de la onu, órganos regionales de derechos humanos y tribunales nacionales»*<sup>50</sup>. Así pues, *«el Convenio 169 es un instrumento de buena gobernanza y una herramienta para la solución de conflictos y reconciliar intereses distintos. Si se respetan los derechos de los pueblos indígenas y sus aspiraciones en el proceso de desarrollo, los pueblos indígenas se asocian plenamente al desarrollo, incrementando así considerablemente su contribución a las economías nacionales»*<sup>51</sup>.

El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas. Tiene como objetivo superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, reafirma el hecho de que tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que todos los demás seres humanos, esto implica que las costumbres indígenas no se pueden justificar si violan los derechos humanos universales, *«en este mismo sentido los derechos que entrega este convenio no son especiales, sino que articulan los derechos humanos universales que se aplican a los pueblos indígenas, esto significa que conviene contextualizar los derechos con la situación de los pueblos indígenas y tomar en cuenta sus aspectos colectivos»*<sup>52</sup>.

En Chile, el Convenio 169 de la OIT fue aprobado en 2008. Tiene como objetivo que las comunidades puedan gozar plenamente de los derechos humanos, sin obstáculos ni discriminación, así lo encontramos plasmado en el artículo 2 del convenio, Ni 1 y 2, que se refieren al deber de los Estados de asegurar los derechos de los pueblos originarios, en igualdad de derechos y oportunidades, que la legislación nacional otorga al resto de los habitantes. Además, el

---

<sup>50</sup> Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2013) 1.

<sup>51</sup> Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2013) 10.

<sup>52</sup> Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2013) 2.

artículo 4 reafirma que este goce debe ser sin discriminaciones que provoquen menoscabo por la aplicación de dichas medidas. Los artículos 7 y 8, por su parte, señalan que los Estados deben velar por el desarrollo económico y bienestar de los pueblos, tomando en cuenta su costumbres ancestrales y derecho consuetudinario. Los artículos 13 al 19 establecen las formas en que los Estados deben respetar y reconocer las tierras ancestrales, asegurar su derecho a dominio, garantizar la autonomía y administración de los recursos naturales por los pueblos, para asegurar su desarrollo económico; incorpora además las limitaciones a los cuales están sometidos estos derechos, cuando se refiere a la explotación minera o bienes que pertenecen al Estado y la forma en que deben operar dichas reubicaciones en el caso de proceder<sup>53</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El reconocimiento de los pueblos indígenas ha sido un desafío en las últimas décadas. Todos los países de Latinoamérica han adoptado diversas fórmulas para poder satisfacer estas exigencias y, de esta manera, reivindicar a sus pueblos. En Chile existe un reconocimiento legal, que se encuentra en el artículo 1° de la Ley 19.253. En cuanto al reconocimiento expreso en algún capítulo de la Constitución, es una discusión de carácter legislativo que requiere de un arduo trabajo, como se pudo apreciar en los estudios a los proyectos de reforma constitucional. El artículo 5 de la Constitución Política de Chile y el bloque de constitucionalidad cobran vital importancia, junto a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, y la Corte Interamericana.

La CIDH es la intérprete auténtica de la convención americana, la cual se ha pronunciado, en diversas ocasiones, ante los requerimientos presentados por comunidades indígenas en toda Latinoamérica. Al respecto, este tribunal ha dejado en claro algunos criterios que hemos considerado importante recoger y que sería necesario considerar para consolidar un reconocimiento constitucional de los pueblos

---

<sup>53</sup> Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo (27.06.1989).

indígenas, acorde a las exigencias internacionales. En primer lugar, los reconocimientos simbólicos carecen de sentido, si no facilitan o no ayudan a los pueblos indígenas a ejercer plenamente sus derechos, por tanto, todo reconocimiento debe tender a entregarles mejores y mayores herramientas para el desarrollo de sus comunidades.

En segundo lugar, existe una estrecha vinculación entre los pueblos indígenas con sus tierras, así como con los recursos naturales presentes en ellas y los elementos incorporeales que se desprendan, como tradiciones, expresiones orales y costumbres, además sus lenguas, artes, rituales y conocimientos, así como sus usos relacionados con la naturaleza, esenciales para mantener sus estructuras culturales y que guardan relación con su supervivencia étnica y material. En síntesis, el territorio, para las comunidades indígenas, guarda directa relación con su dignidad humana; es por ello que precisa que no solo deben reconocerse y protegerse, sino que deben adoptarse ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, dado que ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

En tercer lugar, debería recoger el derecho a la igualdad y no discriminación y reiterar, de manera específica, la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, que, en materia de comuneros indígenas, ha sido una práctica habitual en cuanto a la contradicción de interés entre las corporaciones y las comunidades, donde ha habido un trato discriminatorio, que un reconocimiento constitucional necesariamente debería fortalecer, relacionado con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En esta materia es conveniente plantear el acceso a la educación y la representatividad legislativa de la comunidades.

Posiblemente no existe ningún pueblo indígena que esté en perfecto alineamiento con el Estado. La naturaleza indígena es contrastar pues los movimientos sociales que no se encuentran en sintonía con los intereses de las mayorías son más bien movimientos de resistencia, y esta resistencia, en algunos casos, ha impulsado a la mayoría, a realizar reconocimientos políticos<sup>54</sup>. En definitiva, al

---

<sup>54</sup> Bernal (2018).

desarrollar este trabajo consideramos que las soluciones más eficientes dicen relación con la incorporación de representantes indígenas al Congreso: la promulgación de una ley de cuotas de parlamentarios indígenas constituye una alternativa razonable para poder articular, en un futuro, soluciones a sus necesidades. Mientras tanto, los tratados internacionales, la sentencias de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad y los llamados a aplicarlo tienen un rol fundamental en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, así como en sus aspiraciones de desarrollo, además de la observancia del Convenio 169 de la OIT, un instrumento de buena gobernanza que sirve de base para la solución de conflictos y reconciliar intereses distintos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bailón Corres, Moisés Jaime (2009): «*Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales*» (México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos del Centro de Estudios de Derechos Humanos.) vol. 1, No. 12, pp. 110-112.
- Bernal Sarmiento, Camilo (2018): Congreso Internacional de Derecho Penal. Propuestas para una nueva justicia en la Araucanía. Universidad Autónoma de Chile sede Talca. Chile.
- Cea Egaña, José (2015): «*Derecho constitucional chileno*» (Chile, Editorial Universidad Católica de Chile) Tomo I, Capítulo II, pp. 200, 206.
- Contreras, Sebastián (2012): «Ferrajoli y los derechos fundamentales» (Chile, Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), Universidad de los Andes) vol. 16, pp. 124-125.
- Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2013): «Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)». *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo) pp. 1, 10.
- Donoso, Sebastián y Palacios, Camila (2018): «*Pueblos indígenas y reconocimiento constitucional: aportes para un debate*» (Chile, Centro de Políticas Públicas uc, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 3, 10.

- Gaete Uribe, Lucía (2012): «*El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*» (Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca) *Ius et Praxis*, año 18, No. 2, p. 108.
- Henríquez Viñas, Miriam (2005): «*Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente, en Reforma Constitucional*» (Santiago, Editorial LexisNexis) p. 9.
- Instituto Nacional de Estadística (2017): Síntesis de resultados Censo 2017, disponible en <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf> [Fecha de consulta: 14.09.2018].
- Iñiguez Manso, Andrea (2014): *La noción de «categoría sospechosa» y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Consultada en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000200013&lng=es&nrn=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200013&lng=es&nrn=iso&tlng=es) [Fecha de consulta: 14.09.2018]. p. 515.
- Los moradores del desierto, abiertos a negociar, El País (2017). Consultado en [https://elpais.com/elpais/2017/08/22/planeta\\_futuro/1503422683\\_072642.html](https://elpais.com/elpais/2017/08/22/planeta_futuro/1503422683_072642.html) [Fecha de consulta: 14.09.2018].
- Montt Oyarzún, Santiago y Matta Aylwin, Manuel (2011): «*Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*» (Chile, Centro de Estudios Públicos) No. 121, p. 139.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2006a): «*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*» (Chile, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte), p. 62.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2006b): «*Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos*» (Santiago, Editorial Jurídica Librotecnia).
- Nogueira Alcalá, Humberto (2003c): «*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*» (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas) pp. 27, 154.
- Pereira Menaut, Carlos (2006): «*Teoría constitucional*» (Chile, Editorial LexisNexis, segunda edición) pp. 251-252.
- Saba, Roberto (2008): «*Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?*», *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), Tomo II, p. 36.
- Semper, Frank (2006): *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de derecho constitucional*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano unam, tomo II. Consultado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30326/27373> [Fecha de consulta: 14.09.2018] p. 762.

## NORMATIVA CITADA

- Artículo 1°, de la Constitución Política de Chile (17/09/2005), Biblioteca del Congreso Nacional.
- Artículo 5°, de la Constitución Política de Chile (17/09/2005), Biblioteca del Congreso Nacional.
- Artículo 7, de la Constitución Política de Colombia, 1991, Colombia.
- Artículo 19 No. 2, de la Constitución Política de Chile (17/09/2005), Biblioteca del Congreso Nacional.
- Artículo 2°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (05/02/1917) México.
- Artículo 75, No. 17, de la Constitución de la Nación Argentina (03/01/1995), Argentina.
- Artículo 89 de la Constitución Política del Perú (01/01/1994), Perú.
- Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo (27/06/1989), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado por Chile el año 2008.
- Ley No. 19.253 (5/11/1993) ley sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Biblioteca del Congreso Nacional, 2018.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006 (Caso Contencioso) pp. 69-70. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de agosto de 2010 (caso Contencioso) pp. 41, 4. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 17 de junio de 2005 (Caso Contencioso) pp. 79, 83. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 de mayo de 2010 (Caso Contencioso) p. 40. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Norin Catrileo y otros vs. Chile* (2014): Corte Interamericana de Derechos humanos. 29 de mayo de 2014 (Caso Contencioso) pp. 125-129. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].



- Pueblo Indígena Kichwa de Sarayak vs. Ecuador (2012)*: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de junio de 2012 (Caso Contencioso) pp. 40, 44. Disponible en [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014)*: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 de octubre de 2014 (Caso Contencioso) pp. 39, 4. (Considerando 12, Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot) Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_284\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Pueblo Saramaka vs. Surinam (2008)*: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de noviembre de 2008 (Caso Contencioso) considerando 85, p. 26. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018)*: Corte Interamericana De Derechos Humanos. 5 de febrero de 2018 (Caso Contencioso) pp. 32, 48. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf). [Fecha de consulta: 29.09.2019].
- Tribunal Constitucional de Chile, 4 de agosto de 2000 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) (Sentencia Rol No. 309-00).
- Tribunal Constitucional de Chile, 29 de noviembre de 2009 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) (Sentencia Rol No. 1340-09, Considerando Noveno).
- Tribunal Constitucional de Chile, 6 de mayo de 2014 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) (Sentencia Rol No. 2493-13, Considerando sexto, séptimo y octavo)

ESTADO Y PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE:  
DESAFÍOS EMERGENTES PARA UN  
DERECHO PLURALISTA

STATE AND INDIGENOUS PEOPLES IN CHILE:  
EMERGING CHALLENGES FOR  
A PLURALIST LAW

*Fátima El Fakih Rodríguez\**

RESUMEN

Cualquier aproximación que se intente hacer respecto al reconocimiento constitucional y la respectiva generación de instancias de participación política para los pueblos originarios, en especial en relación con el pueblo Mapuche, de parte del Estado de Chile, lleva obligatoriamente implícita la necesidad de una mirada previa a la relación histórica que precede la formación del Estado chileno y su relación con el pueblo Mapuche, a la luz del ámbito regulador del derecho.

¿Cómo se ha forjado esa relación jurídica entre el Estado y los pueblos originarios en Chile, desde sus comienzos hasta la conformación del derecho constitucional?, ¿cómo se ha venido desarrollado dicha regulación jurídica a la luz de las regulaciones internacionales, tales como los tratados internacionales y los derechos humanos? Y,

---

\* Abogada por la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Mg. Sc. Sociology of law. IISJ Oñati, España, doctoranda por la Universitat de Girona. Profesora asociada, jubilada de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Profesora Universidad Católica de Temuco, Chile. Profesora Universidad Autónoma. Temuco, Chile. fatimaelfakih@gmail.com

¿cómo ello ha desencadenado en repercusiones de leyes orgánicas, tales como la Ley Indígena o la legislación antiterrorista, apartándose de la tendencia regional, de los países vecinos, hacia el pluralismo jurídico? Todas estas son interrogantes que, a través del método hermenéutico y como resultado de un proceso de reflexión, se intentan responder en este trabajo a través de la propuesta de una suerte de categorías de dialéctica social, a tomar en cuenta al momento de pensar el desafío emergente de un derecho pluralista para Chile.

#### PALABRAS CLAVE

Pluralismo jurídico, reconocimiento estatal de derechos indígenas, derecho indigenista

#### ABSTRACT

Any approximation attempted to be made regarding the constitutional recognition and the respective generation of instances of political participation for the indigenous people, especially in relation to the Mapuche people, on behalf of the State of Chile, necessarily implies, the need for a previous look at the historical relationship that precedes the formation of the Chilean State and its relationship with the Mapuche people, in the light of the regulatory field of Law.

How has this legal relationship been formed between the State and the original people in Chile from its inception to the constitution of Constitutional Law? How has this legal regulation been developed in the light of international regulations such as international treaties and human rights? And how has this been triggered in repercussions of organic laws such as indigenous law or anti-terrorism legislation, moving away from the regional tendency, of neighboring countries, towards Legal Pluralism? These are all questions that, through the hermeneutical method and as a result of a reflection process, are made an effort to be answered through the approach of a fluke of

categories of social dialectic, to be taken into account when thinking about the emerging challenge of a pluralist right for Chile.

## KEYWORDS

Legal pluralism, state recognition of indigenous rights, indigenous law

## I. INTRODUCCIÓN

Si bien el Estado de Chile ha experimentado un camino algo tortuoso en el reconocimiento constitucional y en su respectiva generación de instancias de participación política de los pueblos originarios, en especial en relación con el pueblo Mapuche, este camino no puede ser abordado sin una mirada previa a la relación histórica que precede la formación del Estado chileno y su relación con el pueblo Mapuche, a la luz del ámbito regulador del derecho. Ante la interrogante ¿qué aspectos o presupuestos estándares son los que se esperan de un derecho pluralista, de tal suerte que sirva de armazón con relación al Estado y a los pueblos indígenas en Chile?, se plantea el desarrollo de esta reflexión, partiendo de una primera parte que aborde lo que se ha venido estudiando en la doctrina latinoamericana acerca de la propuesta de un derecho pluralista. Se esboza una aproximación al estudio de las competencias propias del modelo de pluralismo jurídico en tanto que categoría epistémica.

En una segunda parte, partiendo de un acercamiento a la evolución de las políticas indigenistas desarrolladas en los países andinos, se tratará de ubicar el tipo de pluralismo jurídico dado, desde la Colonia hasta hoy, ubicando el proceso desarrollado en Chile, para el cual, sin duda, la ruta histórica ha sido diferente. Se intentará aproximar dicha categoría del pluralismo jurídico más allá de su entrada epistemológica, hacia una realidad política: buscando, a través de la revisión de los planteamientos de algunos instrumentos jurídicos específicos –chilenos–, la presencia de los parámetros mínimos de ese derecho pluralista. Finalmente, a través de una mirada

desde la dialéctica social, hacia el derecho, este se revisará en tanto que herramienta viva, para concluir cómo, a través de un proceso de continua reflexión y transformación<sup>1</sup>, estamos llamados a traer al escenario nuevos sujetos, hasta ahora invisibles socialmente, y permitir su desarrollo y coexistencia, en los términos en los que jurídicamente el derecho mismo se legitima. Sin duda esto franquea, en el caso de los pueblos indígenas, en una provocación emergente para Chile: la toma en serio de un derecho pluralista. Para ello se concluye, como resultado de un proceso de reflexión, con el planteamiento de una suerte de categorías de dialéctica social, como propuesta hermenéutica para pensar dicho desafío.

## 2. COMPETENCIAS PROPIAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

Cuando se propone revisar lo que se ha venido estudiando en la doctrina latinoamericana acerca de la propuesta de un derecho pluralista, se está hablando de hacer una aproximación al estudio de las competencias propias del modelo de pluralismo jurídico en tanto que categoría epistémica. Si bien hoy (desde fines del siglo xx) se habla, a nivel latinoamericano, de un «horizonte constitucionalista pluralista», este se entiende como resultado de una evolución del «constitucionalismo liberal-monista» (siglo xix), pasando por un «constitucionalismo social-integracionista», desarrollado en el siglo xx<sup>2</sup>. En estos tres estadios se está hablando, sin duda, de pluralismo jurídico, pero con concepciones epistémicas diferentes respecto de la pluralidad que sustenta ese derecho.

Y es que tal vez sea oportuno comenzar por deslindar la idea de pluralidad de la de pluralismo. Es obvio que donde encontramos un contexto de pluralidad, este pareciera llevarnos de manera directa al pluralismo. En el ámbito jurídico, donde encontramos el reconocimiento de varios sistemas de normas, procedentes de diversas fuentes (guerrilla, afrodescendientes, pueblos indígenas), que indiscutiblemente indica la necesidad del reconocimiento de un

<sup>1</sup> Esta idea está tomada de: Gladstone y De Sousa (2016).

<sup>2</sup> Yrigoyen (2006) 552.

pluralismo jurídico. Visto así pareciera una ecuación directa: donde hay pluralidad, hay pluralismo jurídico.

Sin embargo, este es el punto de quiebre epistémico del derecho más interesante: ¿la realidad define al derecho o el derecho denota el curso de la realidad? Pluralidad y pluralismo jurídico son esas dos caras del dios Janus que concentran el ojo de este huracán. No es novedoso advertir que hay realidades donde se plantea lo que podría entenderse como monismo cultural, lingüístico y jurídico, aunque la realidad refleja una diversidad cultural, lingüística e incluso normativa. Esto es una pluralidad. Pero tenemos claro también que puede haber situaciones de pluralidad o coexistencia de sistemas de normas cuando, por ejemplo, se dan situaciones de invasión, colonización o rápida modernización, que hacen que, junto al sistema normativo estatal moderno, supervivan o nazcan sistemas de normas, con carácter consuetudinarias, en diversos grupos sociales. Así, podemos seguir la lista de ejemplos de situaciones de pluralidad de normas, con la presencia de corporaciones transnacionales que se rigen por la *lex mercatorum*, o las prácticas dadas dentro de territorios manejados por las guerrillas, o, más concretamente, como explica Garavito, los casos de comercio informal que tan bien conocemos en América Latina<sup>3</sup>. Hay, por tanto, pluralidades que no se convierten en pluralismo jurídico y no todo pluralismo jurídico encierra las pluralidades existentes para cada caso. De hecho, podemos hablar incluso de pluralismos jurídicos ilegales, que el Estado no reconoce; también de pluralismos jurídicos de hecho y no de derecho.

El pluralismo jurídico, sin embargo, aparece también como una representación de análisis teórico del derecho como una fundamentación teórica. Un cambio paradigmático en la teoría del derecho aparece como resultado de esa superación de la eterna disyuntiva maniqueísta entre *iuspositivistas* e *iusnaturalistas*. Más allá de la brecha acortada por planteamientos sustentados a la sombra del realismo jurídico, el pluralismo jurídico se posiciona y enfrenta visiones unitaristas y sesgadas del derecho, sustentadas a la sombra del monismo jurídico. Como planteamiento teórico, la definición del

---

<sup>3</sup> Garavito (2005).

pluralismo jurídico nos hace suponer, de inmediato, en una definición del derecho más amplia e intrasistémica. Una simple revisión a la famosa triada de Miguel Reale nos sirve para sustentar que, si bien el derecho es norma, es también, en ellas, la abstracción de un conjunto de valores e, indudablemente, su concurrencia sobre un conjunto de hechos sociales. Es decir, desde la teoría del derecho podemos o estamos llamados a concebir ese pluralismo jurídico como el intento de amalgamamiento entre lo estático del derecho y lo dinámico de la realidad social. Un amalgamamiento tal vez utópicamente inspirado en la conjunción de ese mismo dios Janus que se nos presenta cautivo y llamativo.

Tomando el clásico fundamento de Dworkin (1977), encontramos tres dimensiones o nociones sobre derecho, a saber: derecho como institución social, derecho en cuanto leyes o reglas de derecho, y derecho como proposiciones jurídicas, para describir o declarar ciertas relaciones, dentro de la institución del derecho. Sin embargo, los filósofos no se han preocupado de resolver cuestiones como la de si una sociedad primitiva, con instituciones mucho menos complejas, pueda considerarse en posesión de derecho<sup>4</sup>. La filosofía y la teoría del derecho, en general, han respondido a la pregunta sobre qué es derecho, respondiendo interrogantes como: ¿es el derecho un conjunto de normas?, o ¿quién produce derecho?, o ¿cuáles son los límites del poder?, etcétera. No constituye, en cambio, una preocupación de estas disciplinas, la hipótesis de si puede existir derecho fuera del (o sin) Estado. Esto trasluce una visión más bien vertical sobre el derecho, que se produce, según Broekman<sup>5</sup>, puesto que el pensamiento jurídico sigue siendo un pensamiento cartesiano del hombre<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Dworkin (1977) 9.

<sup>5</sup> Broekman (1993) 135.

<sup>6</sup> Esta idea de Broekman (1993) 135, de que el pensamiento jurídico sigue siendo un «pensamiento cartesiano del hombre», citado por Lillo Vera, alude sin duda lo que Garavito explica cuando dice: «Luego de tres décadas de globalización económica y legal, el búho de Minerva jurídico parece no tener intención de alzar su tardío vuelo», refiriéndose a que el pensamiento legal latinoamericano continúa siendo profundamente restringido a lo local. Los textos de enseñanza, la investigación y los trabajos de doctrina y teoría jurídicas son hechos con

El derecho universalmente, pero también y máxime en América Latina, ha venido representando, en sí mismo, la paradójica tensión que ontológicamente le conforma: lo jurídico y lo social. Inevitablemente esto se traduce en una tensión necesaria al momento de explicarlo: dos paradigmas mínimos de análisis se juntan y se separan en ese afán definitorio del derecho: el social y el jurídico. Adecuando el argumento de Fraser sobre la teoría de la justicia en tiempos de globalización<sup>7</sup>, es interesante citar a Garavito cuando sostiene que mientras el pensamiento jurídico latinoamericano continúa centrado en el Estado-nación –correspondiendo a un paradigma westfaliano–, la práctica jurídica regional está marcada por dilemas regulatorios y por conflictos sociales y legales post-westfalianos<sup>8</sup>. A esta brecha de marcos de referencia Garavito denomina «el problema de encuadre del pensamiento jurídico latinoamericano», que necesariamente hay que enfrentarlo, si bien desde las ciencias sociales, también desde el ámbito político y, desde luego, desde la teoría del derecho, buscando fortalecer el pensamiento jurídico latinoamericano en tiempos de globalización. Además, este tipo de reflexión sobre el pluralismo jurídico lleva una correlación política.

En el derecho, pues, se habla de pluralismo jurídico y se entiende que se fundamenta, dicha idea, sobre la coexistencia de sistemas jurídicos. Desde Boaventura, pasando por Raquel Yrigoyen, desarrollados por Hoeckema y reclamados «*desde la rúa*»: toda idea de pluralismo jurídico supone coexistencia de dos o más sistemas jurídicos. Uno el del Estado; otro, en el caso que aquí se revisa, el de los pueblos indígenas. Uno, el del Estado; otro el que vemos en las rondas campesinas. Uno, el del Estado; otro el de las guerrillas. Un sistema jurídico estatal, otro el que regula el narcotráfico y se

---

objetos de estudio y audiencias nacionales en mente. De ahí que, con contadas excepciones, los medios de circulación de ideas sobre el derecho –desde los más convencionales, como los cursos universitarios y las publicaciones, hasta los más novedosos como los *blogs*– estén altamente fragmentados y sigan los trazos de las fronteras nacionales. De manera que sus cartas de navegación continúan siendo los familiares mapas de los Estados nacionales. Rodríguez Garavito (2011) 69.

<sup>7</sup> Fraser (2006, 2009).

<sup>8</sup> Garavito (2001).



extiende en realidades extractivistas. Siempre son varios los sistemas jurídicos. Un mismo espacio geopolítico y múltiples conflictos de interlegalidad<sup>9</sup>. En este sentido, entonces, estamos partiendo de la idea de que el derecho es un sistema jurídico. Pero la existencia de un sistema jurídico no supone una identificación del derecho con el Estado: esta ha sido la base de la corriente monista del derecho.

Estudiar la concepción de sistema jurídico supone una revisión desde una perspectiva histórica, también comparada. El sistema jurídico se puede definir, epistemológicamente, como esa suerte de elementos sustanciales, estructurales y culturales, coexistiendo en la regulación de una realidad sistémica: un conjunto de normas, un esqueleto institucional y un conjunto valorativo de axiomas, todos concurrendo en un mismo tiempo y espacio determinado. Estos tres elementos forman un sistema jurídico, en los términos de Lawrence Friedman. Es decir, superando el dilema del derecho visto solamente como conducta o incluso como derecho vivo; un sistema jurídico visto en medio de estos procesos sistémicos entiende una definición holística, en tanto que considera algo como un todo.

Visto desde la sociología jurídica, la definición de sistema jurídico va de la mano de la idea del derecho como campo social. Algunas nociones propuestas por Santos (1991, 1996), por tanto, respecto a las escalas de análisis y a los componentes estructurales de los campos sociales, son imprescindibles. El campo del derecho, en estos términos, no es homogéneo. No hay forma, pues, de concebir un solo sistema jurídico. Tal como se ha visto, si el derecho supone la existencia de regulaciones más allá de la norma, la realidad social y el contexto valórico que lo transforma, lo pulveriza y lo dinamiza, convierten al derecho en un campo social de acción. Un análisis a diferentes escalas del campo del derecho nos permite percibir su heterogeneidad intrínseca<sup>10</sup>. Empíricamente, casi todos los que ejercen a diario el oficio de abogado lo pueden constatar. De esta manera, el campo del derecho se presenta como un espacio

<sup>9</sup> Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) coexisten varios sistemas normativos. De Sousa Santos (1994).

<sup>10</sup> Guizar Vásquez (2005).

compuesto por múltiples subcampos jurídicos semiautónomos. De acuerdo con Santos, un subcampo semiautónomo coincide, según la escala analítica empleada, con un conjunto de dimensiones espaciales específicas, donde se manifiestan diferentes tipos o formas de leyes o, como las llama este autor, *constelaciones de leyes*, que confluyen en un mismo campo o subcampo. Las pretendidas autonomías jurídicas indígenas pueden concebirse como tales, al igual que el subcampo compuesto por las relaciones normativas que rigen el comportamiento de las empresas capitalistas transnacionales, que, en sí, siguen una lógica específica fundada en la conformación continua de monopolios que ejercen cierto poder para la imposición de normas que los beneficien<sup>11</sup>.

Assies desarrolla ampliamente las nociones de Santos sobre los componentes estructurales o dispositivos operacionales del campo jurídico y sus subcampos<sup>12</sup>. Los divide en tres: la retórica, la burocracia y la violencia. Los tres términos aluden a estrategias de toma de decisiones y a formas de comunicación específicas. La retórica es la estrategia que se basa en la persuasión y la capacidad argumentativa de los implicados. La burocracia, propia de órdenes autoritarios, implica la sujeción a estándares normativos y a procedimientos regulados que incorporan un efecto demostrativo de los hechos a juzgar. La violencia, por su parte, se basa en la amenaza del uso de la fuerza. La articulación de estos distintos componentes estructurales del derecho configura un mapa de la estructura de relaciones que componen al subcampo en cuestión. Entendiendo esto, podemos ver al derecho indígena como un subcampo del derecho estatal. Pareciera, entonces, que enfrentamos la coexistencia de dos sistemas jurídicos, dos subcampos con dinámicas relativamente autónomas, con relaciones de fronteras porosas, para usar el término de Santos, según la conjugación de esos tres dispositivos: retórica, burocracia y violencia. Por su parte, el derecho positivo o estatal se caracteriza por ser más estático y codificado, donde predominan los dispositivos burocracia y violencia. Mientras, tal vez, con mayor

<sup>11</sup> Santos (1991, 1995).

<sup>12</sup> Assies (2001).

probabilidad encontramos en los métodos jurídicos tradicionales y/o comunitarios de resolución de conflictos, propios de los pueblos indígenas, una preeminencia de la retórica<sup>13</sup>.

En cuanto a la configuración y contenido del derecho indígena, por su parte, generalmente se vale del derecho estatal, definiéndolo por oposición. Bajo esta perspectiva, el derecho indígena aparece siempre como derecho consuetudinario o la costumbre indígena, que son dos términos que tienden a resaltar su marginalidad, su inferior condición respecto del derecho escrito. Corrientemente se niega o se subsume este derecho indígena al sistema legal. En este sentido, es normal distinguir entre ley y costumbre, que son las fuentes desde donde surgen las normas de cada derecho. El derecho estatal es escrito, mientras que el indígena es predominantemente oral. Mientras la ley es una norma general, generada por el Estado y aplicada en todo el ámbito geográfico del Estado (territorio); la costumbre jurídica es una norma particular generada desde las comunidades o grupos poblacionales indígenas<sup>14</sup>.

Es ineludible la referencia al problema del contenido del derecho y lo mucho que se ha polemizado (Gluckman-Bohannan) sobre si se pueden establecer categorías de la ciencia jurídica, o bien cada pueblo o etnia tiene las suyas. Incluso se puede hasta encontrar, en la bibliografía más reciente, verdaderos estatutos de las costumbres, al decir de Lillo, que constituyen obligaciones jurídicas<sup>15</sup>. Un estudio con una perspectiva desarrollista no puede sino concluir en que la sociedad colonizada, y, por tanto, su derecho, debe integrarse a la sociedad dominante, quedando el derecho consuetudinario como

---

<sup>13</sup> Lillo (2002).

<sup>14</sup> Lillo (2002) 4.

<sup>15</sup> Lillo expone que esto supondría un cambio en la articulación de los dispositivos de Santos. «Sin embargo, los estudios comparativos tienen su origen en los análisis antropológicos que surgen de las sociedades metropolitanas, donde los derechos de los pueblos colonizados, son vistos como una precaria imitación del derecho estatal. Estos análisis comparativos adolecen de ser hechos desde una mirada colonialista; es decir, no en los términos e intereses de la sociedad observada, sino en los de la sociedad dominante, lo que ha generado que se omitan aquellas cuestiones que puedan contradecir «el interés de la dominación colonialista». Lillo (2002) 4.

un recuerdo o secuela de la vida precolonial del indio, en todo caso, salvaje e incivilizada. Esta es la idea del nuevo orden. En el derecho del Antiguo Régimen, las fuentes del derecho estaban dispersas tanto en sus orígenes como en sus destinatarios, de acuerdo con los privilegios que se ostentaban; en el modelo jurídico que sigue a la Revolución francesa, la única fuente del derecho es la ley, que provenía del soberano o del parlamento y que se aplicaba, bajo la condición de igualdad, a todos los ciudadanos.

Pero es verdad que este tipo de estudios puede encasillarnos en el estereotipo de un derecho ideal, que no existe. Es así como, ni el derecho indígena contiene, solo, el dispositivo de la retórica, ni el derecho estatal está constituido solo en base a la burocracia y la coerción. Los acuerdos reparatorios del actual Código Procesal Penal chileno, el manejo de algunos conflictos locales, o negociaciones comerciales, contienen importantes aspectos retóricos; mientras que el derecho indígena, particularmente el mapuche, contempla ciertos rituales y está sujeto a la institucionalidad del *logko* y al respaldo de la fuerza (o de la amenaza del uso de ella)<sup>16</sup>. En definitiva, no es prudente aplicar una mirada maniqueísta, antes bien, hemos de entenderlo como un *continuum*, es verdad. Esta es la idea de coexistencia de sistemas jurídicos que está en el origen del pluralismo jurídico. En efecto, si en cuanto a su generación y a sus características, ambos derechos se oponen, aquello no significa que no exista entre ambos subcampos una relación permanente y compleja. En ese sentido Lillo, citando a Iturralde<sup>17</sup>, sostiene que el derecho consuetudinario no es más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera<sup>18</sup>.

De ahí el cambio paradigmático que supone el reconocer al pluralismo jurídico. Se ha dicho que el pluralismo jurídico es una propuesta teórica, un paradigma epistemológico del derecho, pero también –hay que decirlo– supone una postura política. De hecho, este se instala desde los principios (axiológicos) constitucionales.

---

<sup>16</sup> Lillo (2002) 6.

<sup>17</sup> Iturralde (1989).

<sup>18</sup> Stavenhagen (1989) 227.

Un reconocimiento político por parte del Estado supone entonces la regulación del derecho en términos de pluralismo jurídico.

En este sentido, el pluralismo jurídico desafía la ideología del centralismo jurídico. Mientras que el Estado se presenta como único ente abstracto del que emana el derecho, el pluralismo jurídico subraya la multiplicidad de ámbitos sociales autorregulativos y parcialmente autónomos que también son productores de sistemas normativos<sup>19</sup>. La tarea de articular los sistemas, en cualquiera de los niveles y entre estos, es de alta complejidad, en especial cuando se busca evitar la subordinación de un sistema basado en unos parámetros, a otro sistema basado en otros, porque como mera técnica de resolución de conflictos, la subordinación es el camino más sencillo, así lo demuestran los años de monismo jurídico estatal en la historia de Occidente.

Al respecto, debe tenerse presente que la complejidad de la estructuración social indígena y sus sistemas normativos no garantizan la resolución de todos los conflictos que puedan suscitarse entre los sujetos indígenas, por el contrario, pueden originar nuevas formas de conflictos que el mismo sistema debe abordar. En función de la coexistencia intercultural, de hecho, existen una serie de asuntos jurídicos que involucran tanto a indígenas como a no indígenas, y, por tanto, no pueden ser sometidos exclusivamente a una jurisdicción monocultural, sea indígena, estatal o internacional. Se requiere un sistema de coordinación e interpretación intercultural<sup>20</sup>. Este es el punto donde aparece el derecho con su vocación reguladora y, dentro de él, se hace necesaria la reflexión de la dimensión político-constitucional que este hace con relación a los pueblos originarios. Estos son los desafíos emergentes del derecho frente al Estado y los pueblos indígenas.

---

<sup>19</sup> Faundes (2012).

<sup>20</sup> *Ibid.*

### 3. HACIA UNA REALIDAD POLÍTICA

Buscando a través de la revisión de los planteamientos de algunos instrumentos del ordenamiento jurídico chileno, se hace necesaria la ubicación de algunos parámetros mínimos, para poder hablar de una presencia de ese derecho pluralista. Esta búsqueda pasa desde un ámbito epistémico hacia una mirada más bien política. En ese sentido, para Chile, la situación ha sido un poco distinta respecto de sus países vecinos<sup>21</sup>. Las reformas constitucionales de los países andinos incorporan los derechos indígenas y el discurso del multiculturalismo y suponen cambios paradigmáticos respecto de la ideología jurídica monista. Chile, no. Mientras que en Bolivia ha emergido un constitucionalismo plurinacional, por ejemplo, en países como Chile los tribunales y los juristas, tanto en el gobierno como en otras esferas de la profesión, han defendido con ahínco un constitucionalismo monocultural. La mayoría de los países de la región continúa, entre tanto, en un limbo jurídico, entre concesiones puntuales a los reclamos indígenas (como los relacionados con el derecho a la consulta previa, en Colombia o Guatemala) y el mantenimiento de la ecuación entre Estado y nación<sup>22</sup>. Sin embargo, si bien Chile no considera estos derechos en sus ordenamientos constitucionales, sí lo ha hecho al interior de su legislación (1993) y, más tarde, en el 2009, con la entrada en vigor de la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

Se propone realizar un repaso a la ruta histórica que ha seguido Chile, desde la Colonia hasta hoy, para mediar, o no, las relaciones entre estos diversos sistemas jurídicos. Esto es, preguntarnos cómo ha sido, si es que ha sido, el pluralismo jurídico en Chile. Las políticas indigenistas de Chile en las cuales se puede basar su modelo constitucional, de acuerdo con los modelos que propone Yrigoyen, corresponde al segundo grupo de los países andinos: naciones indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados. Chile no se ubica, pues, ni dentro de las naciones indígenas colonizadas en

<sup>21</sup> Yrigoyen (2006) 537.

<sup>22</sup> Garavito (2011) 76.

el siglo XVI, ni como una de las naciones indígenas no colonizadas adonde la Corona enviaba misioneros. Las naciones indígenas que no habían sido conquistadas por los incas, tampoco lo fueron por los españoles y tuvieron un desenlace histórico distinto. En el caso de los pueblos del sur como los Mapuche, Pehuenque, Ranqueles, entre otros, ante la imposibilidad de su sometimiento militar, la Corona española decidió firmar tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio durante todo el período colonial, a partir de 1610 en adelante. Estos pueblos nunca fueron sometidos a servidumbre personal ni a la mita. En este sentido, es oportuno repasar el planteamiento que hace Yrigoyen respecto a algunas características comunes para Chile y Argentina, en esta llamada ruta histórica:

(1) En el siglo XVI, estos pueblos no pudieron ser conquistados militarmente, por lo que no fueron sometidos ni colonizados.

(2) Entre el siglo XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían las cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa.

(3) Después de las independencias, a mediados del siglo XIX, los nuevos Estados, entre los que se cuentan Chile y Argentina, desconocieron los tratados y parlamentos firmados entre la Corona y los pueblos originarios, e iniciaron una campaña de ocupación militar y exterminio, lo que no ocurrió en el siglo XVI<sup>23</sup>. Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial<sup>24</sup>. Por el contrario, en lo que fue el núcleo colonial centroandino, se aplicaban políticas de asimilación, esto es, de desaparición de las reducciones coloniales. En las reducciones, misiones, colonias o mercedes indígenas de la era republicana, Argentina y Chile permiten una suerte de pluralismo jurídico subordinado, esto es, autoridades y costumbres indígenas de modo limitado.

<sup>23</sup> Los expertos en el tema calculan que la llamada Campaña de Pacificación de la Araucanía, en Chile, y la Conquista del Desierto, en Argentina, exterminaron a más de 300.000 indígenas. Fernández (2001).

<sup>24</sup> Aylwin (2002) expone fundadamente cómo esas políticas despojaron del 95% de sus tierras a los mapuche.

(4) Después de la segunda década del siglo xx, mientras los Estados centroandinos empiezan a reconocer derechos colectivos y a elaborar discursos de integración indígena, en Chile se inicia una política de asimilación mediante leyes que buscan disolver las reducciones indígenas. Argentina, por su parte, mantuvo un modelo de constitución asimilacionista-misionera entre 1853 y 1994 (8% de población indígena en Chile).

(5) Chile y Argentina ensayan algunas políticas integracionistas limitadas. En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo xix (la migración de indígenas a las ciudades), se ensayaron políticas de orientación campesinista: políticas de cuño asimilacionista, con las políticas agrarias que se desarrollaron con Freire (1967) y con Allende (1970-1973). Se habla de una reforma agraria y entrega de tierras a los mapuche, aun cuando se tomaban como si fueran campesinos (campesinización); este proceso se conoció a favor del desarrollo agrario y la integración de las masas campesinas a la nación. Sin embargo, fue revertido por el gobierno de Pinochet<sup>25</sup>.

(6) La apertura limitada al pluralismo. En Chile, si bien con la llegada de la democracia se pudo creer que se reivindicaban los derechos indígenas, su reconocimiento todavía queda en un nivel infraconstitucional (mediante la Ley No. 19.253, Ley Indígena de 1993). De hecho, Chile es hoy el único país andino que no ha logrado constitucionalizar los derechos indígenas. De allí que haya autores que denuncian el silencio constitucional en materia indígena, refiriendo, por tanto, un continuismo con las políticas de asimilación, esto es, la denuncia de un integracionismo limitado, exceptuado solo por vía leyes orgánicas, como he referido. Los intentos frustrados de reforma constitucional reflejan todavía, al decir de Yrigoyen, una vocación integracionista, bajo la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico. Pero la aprobación del Convenio 169 de la oit, en 2007, pareciera marcar un hito importante. Después de años de tramitación parlamentaria, se ratificó en 2008 y entró en vigor el

---

<sup>25</sup> Namuncura (2001) y Aylwin (2001).



15 de septiembre de 2009. Es paradójico que, a la luz de ese instrumento internacional, se comenzó a hablar del «conflicto mapuche».

A pesar de la ambigüedad de muchas de sus disposiciones, las que dejan al arbitrio de los Estados la materialización de muchos de los derechos en él establecidos, y de las limitaciones de los procedimientos de la OIT para hacer exigibles los mismos derechos, sus implicancias en la región han sido múltiples, ha contribuido a los procesos de reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos en muchos países. Ha servido de base para el logro de acuerdos entre pueblos indígenas y Estados<sup>26</sup>. En su conjunto, estas disposiciones establecen el marco normativo suficiente para poder aplicar mecanismos jurídicos de derecho propio indígena y para buscar mecanismos de articulación entre el derecho nacional y el derecho indígena<sup>27</sup>.

Existe un rasgo importante que supone una brecha insanable hasta el momento para Chile. El conflicto que caracteriza esa coexistencia se evidencia en las palabras del machi Víctor Caniullan: «cada sociedad, tiene una visión de mundo (...) nosotros los mapuche, tenemos una visión de mundo y como tenemos una visión de mundo, también tenemos una forma de relacionarnos con la naturaleza»<sup>28</sup>. Generalmente las etnias dominantes intentan imponer su visión acerca del mundo<sup>29</sup> y de las relaciones que allí se generan, y esto supone, inevitablemente también, una imposición de lo que es el derecho.

---

<sup>26</sup> Aylwin (2001).

<sup>27</sup> La ratificación del Convenio 169 de la OIT asegura la incorporación del concepto de pueblos indígenas. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que los Estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce, de modo expreso, las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superando el modelo tutelar. Para ello incorpora instituciones como la consulta previa y la participación a todo nivel.

<sup>28</sup> Caniullan (2000).

<sup>29</sup> Lillo Vera (2002) explica: «el concepto de territorio en la cultura Mapuche fue muy preciso: Wallmapuche es toda la tierra habitada por las comunidades, es el espacio en donde nace y se funda la cultura mapuche, donde tiene vigencia el Mapudugun, habla de la tierra. Es el espacio del cual se tiene conocimiento de su orden y estructura, del Meli Witran Mapu. El Lof indica la ubicación precisa de cada persona en el Wallmapuche. En la cultura Mapuche no basta

En este punto hay que reafirmar que solo con el apareamiento del Convenio No. 169 de la OIT aparece la posibilidad de un cambio de escenario normativo que genere condiciones de posibilidad para que se hable de pluralismo jurídico en Chile: sin embargo, no hay argumentos para hablar, incluso hasta hoy, de un paso del plano epistémico a una cuestión de realidad política. Pero, por otra parte, también hay que reconocer que en Chile se puede pensar en un pluralismo jurídico desde el derecho vigente. Al mismo tiempo, la jurisprudencia comparada y el sistema interamericano de derechos humanos, pasan a ser imprescindibles para la comprensión de este nuevo paradigma del derecho. Ahora bien, la pregunta siguiente a responder es si esto es suficiente para poder hablar de un desafío pluralista para Chile hoy<sup>30</sup>.

#### 4. DE LA DIALÉCTICA SOCIAL HACIA EL DERECHO

El derecho está llamado, como nunca, a ser una herramienta de articulación social. Esto supone que la integración del Estado sobre

---

con afirmar su pertenencia al Pueblo, es fundamental el Tuwún, que se refiere al espacio en donde se funda la identidad individual de los miembros del Lof» (Consejo de Todas las Tierras, [1997] 15). El Lof es la unidad territorial y familiar mínima de los mapuches, conformado por una o más familias. Varios Lof a su vez, constituyen un rewe, que reconocen como autoridad al Logko. Varios (eventualmente nueve) rewe, conforman un ayjarewe. A su vez en cada Identidad Territorial se pueden distinguir varios Ayjarewe (Quidel, Jineo [1999] 155). Al interior del pueblo Mapuche y durante el período que corre entre la realización de los primeros parlamentos (siglo xvii), hasta la ocupación militar, la organización política mapuche se fundaba en la distribución territorial y en el wixan mapu (Marimán, 2001). De este modo, es posible distinguir como la unidad más amplia de organización los butalmapus o identidades territoriales. Las Identidades Territoriales, constituyen la unidad territorial mayor, cuyo liderazgo se distribuye entre los logko o ñidol logko de los ayjarewe; no existe una única autoridad. La Identidad Territorial está determinada por el aspecto geográfico y por su conformación interna. De esta forma, existe la Identidad Territorial Lafkenche, Wenteché, Nauqche, Pwelche, Pewenche, Wijiche.

<sup>30</sup> «El reconocimiento del pluralismo jurídico y la diversidad, trae consigo una serie de debates no menores acerca de la concepción del derecho, de los derechos y de –en suma– de la democracia. En Chile esta discusión (sobre el pluralismo jurídico) no ha sido abordada. La sola discusión general sobre la existencia de derechos colectivos de que los indígenas son titulares, ha sido eludida y rechazada por los actores políticos fundamentales del país». Lillo Vera (2002).

la base de un derecho plural, de manera activa, es necesaria. Pero son los actores sociales los que impulsarán, o no, esta actuación. En el caso del Estado chileno y los pueblos indígenas, la realización de jornadas como esta, en medio de la academia universitaria, demuestra el intento generalizado de desdibujar estrategias para ese desafío emergente de un derecho pluralista. Desde esta reflexión, hay varios puntos que pueden servir de impulso para clarificar las acciones a seguir.

A diferencia de los problemas de encuadre y de metodología, el obstáculo epistemológico no puede ser encarado solo con esfuerzos analíticos individuales. Por su naturaleza, requiere una reflexión colectiva y algún tipo de coordinación práctica. En este sentido, surgen o se desdoblán dos retos fundamentales. Por una parte, en el plano epistemológico normativo, el llamado es a fundamentar desde la academia, con la plataforma que nos da la teoría general del derecho, un marco relacional –interdisciplinar– jurídico que haga comprensible y operativo el paradigma del pluralismo jurídico que se presenta, sobre todo en la Región de la Araucanía, con la eventual presencia de sistemas normativos indígenas en coexistencia o en convivencia. Esto es: desde la academia, hacer esfuerzos para el reconocimiento de esos otros sistemas jurídicos, con sus elementos epistémicos y también jurídicos. Y una segunda y gran aspiración o desafío, lo plantea el desarrollo de estudios también interdisciplinarios, cuando menos del derecho, de la sociología, la antropología, la filosofía y la ciencia política, como herramientas unidas en la tarea de evidenciar la existencia efectiva, real y concreta, de estos sistemas jurídicos indígenas<sup>31</sup>. Sin embargo, este tipo de acciones pueden o no desplegarse en un marco de pluralismo jurídico, según sea la relación de reconocimiento o subordinación del derecho en general, con el

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, la antropología busca y registra la presencia de sistemas jurídicos indígenas y luego se adentra en ellos para su estudio, a fin de sistematizar la presencia de instituciones jurídicas, órganos de control y sanción, procedimientos, estatutos sustantivos, formas de resolución de conflictos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, etcétera. Esta tarea, circunscrita a los requerimientos judiciales en los países donde se reconoce el derecho consuetudinario indígena, se desarrolla mediante lo que se conoce como *peritaje antropológico*. Faundes (2012).

llamado derecho indígena. Este, precisamente, más allá de conformar el núcleo epistemológico del desafío propuesto, sustenta la aspiración a convertirse en propuestas de análisis interdisciplinario, que iluminen el horizonte emancipador de las ciencias sociales.

## 5. CONCLUSIONES

El pluralismo jurídico, como corriente de pensamiento sobre la fundamentación del derecho, aparece sustentado en conceptos como el de igualdad e interculturalidad, lo que supone el reconocimiento del otro y de sus condiciones materiales, individuales y colectivas de existencia, articuladas en la relación paradójica de conflicto cultural y diálogo democrático. En este sentido, el pluralismo jurídico se ha convertido en una categoría de la ciencia jurídica llamada a articular el conflicto social, en toda su amplitud, en relación con el derecho y como herramienta fundamental al momento de proponer políticas públicas adecuadas a las cambiantes y multiculturales sociedades de hoy<sup>32</sup>.

Desde allí es claro, por una parte, que ha de distinguirse, conceptual y epistemológicamente, al pluralismo jurídico, de la mera coexistencia y coaplicación de las normas consuetudinarias o costumbres por parte de los órganos jurídicos del Estado en forma aislada, tal y como si se tratara de un sistema jurídico indígena tradicional. Y, por la otra, el llamado está hecho a dibujar categorías que permitan el desarrollo de una dialéctica social, como fin último, para la consecución de ese llamado derecho pluralista, en tanto que aplicación práctica al reconocimiento del pluralismo jurídico, en Chile, como un desafío emergente.

Desde la reflexión y buscando un tipo de coordinación práctica, algunas de esas categorías de dialéctica social podrían ser, entre otras, considerándose como presupuestos estándares o aspectos a tomar en cuenta, las siguientes:

1.- *Intraculturalidad*: tejer interculturalidad en un Estado pluri-nacional significa interrelacionamiento cultural a través de diálogos

---

<sup>32</sup> El Fakih (2018).

constantes, que aseguren una real complementariedad en el marco de un pluralismo igualitario y descolonizante. Tejer interculturalidad significa fortalecer procesos de intraculturalidad. La intraculturalidad, en este sentido, se propone como primera categoría dialéctica necesaria para promover la recuperación, fortalecimiento, desarrollo y cohesión al interior de las culturas de las naciones y pueblos indígenas originarios, campesinos y comunidades interculturales<sup>33</sup>. La intraculturalidad, por tanto, no es individual. La interculturalidad es una condición para la intraculturalidad y a la inversa, de ahí que es esencialmente comunitaria. Por ello el diálogo y acuerdo comunitario implica la intraculturalidad en igualdad de condiciones. La interculturalidad medida por relaciones de desigualdad, implica relaciones de dominación. Esto impide que las culturas puedan expandirse hacia adentro, también hacia afuera. En ese sentido, no se concibe la interculturalidad, ni la intraculturalidad, sin igualdad ni libertad. Por ello la intraculturalidad es el complemento inescindible de la interculturalidad y en este sentido se propone acá como primera proposición de categoría de dialéctica social a ser tomada en cuenta para hablar de un derecho pluralista para Chile.

2.- *Interculturalización de la justicia*: en tanto que asegurará el sentido intercultural a todo el sistema plural de fuentes jurídicas. Una propuesta de interculturalidad jurídica, que no viene a desplazar al pluralismo jurídico, hace profundizar la proposición de prácticas y comprensión del derecho, más allá de los sistemas propios. Para este fin se puede sustentar, con Catherine Walsh, la necesidad de que el sistema nacional y su lógica-razón también se pluralicen e interculturalicen, dentro de un marco de justicia que no solo parta del modelo de derecho moderno-universal-occidental individual, sino que tome en consideración los otros modelos coexistentes en el territorio chileno, desde tiempos ancestrales. Un único modelo, en el sentido en el que se ha venido perpetuando la colonialidad, no permitirá jamás un verdadero diálogo plural dentro del derecho chileno. En el marco de la interculturalización de la justicia, Catherine Walsh señala que ella, en su conjunto, ha de tener un sentido

---

<sup>33</sup> Attard (2012).

intercultural, propiciando el análisis de delitos desde los conceptos culturales en que se cometen, alentando con ello una consideración de las diferencias culturales y una conciliación en torno a ellas<sup>34</sup>.

3.- *Criterios para el diálogo intercultural*: tercera propuesta de categoría para la dialéctica social, tablero para una propuesta de pluralismo jurídico en Chile. Esta epistemología, mirada en marcos de conflicto intercultural, para Salas requiere, en primer lugar, una mutua traducción, porque es preciso aceptar que la comunicación intercultural es siempre un producto inestable de interconexión de contextos específicos, que definen las relaciones estructurales de los interlocutores, lo que exige tratar de entender al otro, desde el otro. En segundo término, se tendría que situar los conflictos, en tanto que todo diálogo intercultural solicita, partir de los intereses de los diversos sujetos y comunidades en disputa. Para poner dichos intereses en contexto, situando siempre los intereses divergentes de los sujetos en su respectivo contexto cultural, social, político, económico, etcétera, es necesario, en tercer lugar, una actitud dialógica, en tanto que actitud práctica que busca la resolución de lo conflictivo; una actitud, un método, más que una fórmula, basada en la necesidad de evitar, paliar o resolver los conflictos. En cuarto lugar, debe partirse desde el conflicto como presupuesto *a priori*, esto es, la aceptación epistemológica de la existencia de los conflictos, que se materializa en un largo camino de búsqueda de soluciones; y, finalmente, establecer el rechazo a la violencia como recurso en la resolución de los conflictos. Se trata de descartar cualquier respuesta que anule la pretensión intercultural de comprensión recíproca, porque al exigir el rechazo a la violencia a los respectivos interlocutores, se les asegura mantener sus posiciones de poder como sostén racional del mismo diálogo<sup>35</sup>.

4.- *Justicia intercultural*: la suposición de que acomparar la relación entre el Estado y los pueblos indígenas sobre el tablero del

---

<sup>34</sup> Una toma en cuenta de esta categoría de dialéctica social, pondría sobre relieve la riqueza cultural de Chile como país, salvaguardaría una herencia plural tan rica, como lo atestiguan figuras del derecho mapuche tales como el Parlamento de Koz Koz. Ver, entre otros: Le Bonniec y Guevara (2008).

<sup>35</sup> Salas (2003) 156.

derecho, en su dimensión pluralista, más allá de un debate académico, pretende también una transformación de orden estructural que abra el camino hacia la justicia<sup>36</sup>.

Una revisión académica de este tipo se hace necesaria en los fines últimos de estas Terceras Jornadas, en tanto que estamos constituyendo, además, la apertura a la primera cátedra especial de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Si bien el objeto de esta nueva cátedra será el estudio de la temática indígena, con especial foco en el pueblo Mapuche, desde una perspectiva jurídica es, precisamente, la categoría del derecho pluralista la que desde la epistemología jurídica pueda fundar este camino. Cualquier orientación y cualquiera sea la propuesta de políticas públicas que desde aquí se haga, se constituirá necesaria desde una reflexión teórica de los postulados del derecho, el cual hoy, como nunca, está llamado a ser un derecho pluralista, alejado y desmarcado del otrora encapulado monismo jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Assies, Willem (2001): «La oficialización de lo no oficial: ¿(re)encuentro de dos mundos? Alteridades». Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74702106>> ISSN 0188-7017 [Fecha de consulta: 30.09.2018].
- Assies, Willem (2000): «La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto latinoamericano». Seminario-taller «Unidos en la diversidad por nuestro derecho al territorio» organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, Santa Cruz-Buena Vista, 10 al 13 de julio. Mimeo.
- Assies, Willem, Van Der Haar, Gemma y André, Hoekema (1999): «La diversidad como desafío». En: Assies Willem, Van der Haar Gemma y Hoekema A. (editores), *El reto de la diversidad* (México, Colegio de Michoacán).

<sup>36</sup> Sobre la justicia intercultural se puede revisar suficiente bibliografía. En este sentido, como uno de los desafíos emergentes para un derecho pluralista que sustente las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas en Chile, se toma la definición que hacen al respecto Salas y Faundes (2017).

- Attard Bellido, María Elena (2012). La justiciabilidad de los DESC en el constitucionalismo de la justicia e igualdad asumido por el modelo constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2(1), 95-122. Disponible en: [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/271](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/271) [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Aylwin, José (2000): «Antecedentes para la comprensión de los conflictos en Territorio Mapuche», *Perspectiva*, Vol. 3, No. 2, Santiago: Universidad de Chile, pp. 95-122. Disponible en: [http://www.pa.gov.mx/publica/rev\\_14/José\\_Aylwin.pdf](http://www.pa.gov.mx/publica/rev_14/José_Aylwin.pdf) [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Aylwin, José (2001): «Los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional de sus derechos en América Latina». Disponible en: [http://www.archivochile.com/Ideas\\_Autores/aylwino\\_j/aylwinoj0036.pdf](http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/aylwino_j/aylwinoj0036.pdf) [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Broekman, Jan (1993): *Derecho y antropología* (Madrid, España. Editorial Civitas S.A.).
- Caniullan, Víctor (2000): «Actas de los diálogos interculturales entre cosmovisiones científica y mapuche». Disponible en: <http://www.mapuche.info/mapuint/DialogoIntercultural1.html> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Correas, Óscar (1997): «El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 168 (41), pp 91-98.
- Dworkin, Ronald (1980): *La filosofía del derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios).
- Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio* (Barcelona, España, Editorial Ariel, segunda edición).
- El Fakih, Fátima y Faundes, Juan Jorge (2018): «Los límites del pluralismo jurídico en Venezuela: tensiones y horizontes del imaginario del Estado-nación y la lucha por el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas». En publicación.
- El Fakih, Fátima (2018): «Reflexiones acerca de pluralismo jurídico hallado en la calle (O direito achado na rua)». Mimeo. Trabajo realizado para el Curso de Especialización Internacional «Pluralismo jurídico igualitario y descolonización». iids, Modulo 1. A cargo del profesor José Geraldo de Sousa Junior.
- Faundes, Juan Jorge (2015a): «Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, septiembre-diciembre, 6(3), pp 85-121.



- Faundes, Juan Jorge (2015b): «Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina. *Justiça do Direito*, 29(1), pp. 108-130.
- Faundes, Juan Jorge (2012): «El pluralismo jurídico, un desafío de apertura epistemológica para las ciencias sociales en el Sur. Ciclo de coloquios sobre Peritaje Antropológico». Universidad Católica de Temuco. Mimeo.
- Faundes, Juan Jorge (2004): «El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, una propuesta de reforma al Estado». En Aylwin, José (ed.): *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y realidad local*. (Temuco, Chile, IEI-UFRO).
- García Vitor, Enrique (2001): «Culturas diversas y sistema penal». Trabajo presentado para el Diplomado de Derecho Penal de la Universidad Católica de Temuco. Mimeo.
- Guizar Vázquez, Francisco (2005): «Derecho, identidad, territorio y conflicto: propuesta metodológica para un estudio de caso». No. 7, pp.127-152. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1607-050X2005000100008&lng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2005000100008&lng=es). ISSN 2448-5144. [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Leonel Junior, Gladstone y De Sousa, Jose Gerardo (2016): «La lucha por la constituyente y reforma del sistema político en Brasil: caminos hacia un constitucionalismo desde la calle». *La Migrña. Revista de análisis político*, No. 17, p. 138.
- Hoekema, André (1994): *Algunas reflexiones sobre modernidad y derecho hoy. O cómo instituir un pluralismo legal* (Ámsterdam, Holanda. Facultad de Derecho, Universidad de Ámsterdam).
- Hoekema, André (2002): «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». *El Otro Derecho*, ILSA, pp. 26-27, 63-98.
- Hoekema, André (1998): *Hacia un pluralismo jurídico formal igualitario*. En: Sierra, María Teresa (1998): *Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina* (México: Instituto Indigenista Interamericano de la OEA).
- Iturralde, Diego (1989): *Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley*. En: Stavengahen, Rodolfo (1990): *Entre la ley y la costumbre* (México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Le Bonniec, Fabien y Guevara, Ana (2008): «Wallmapu, terre de conflits et de réunification du peuple mapuche». *Journal de la société des américanistes*, 94, No. 2. Disponible en <https://journals.openedition.org/jsa/10631> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Lillo Vera, Rodrigo (2001): «Situación de los derechos indígenas en Chile». Mimeo.

- Lillo Vera, Rodrigo (2002): «Pluralismo jurídico en Chile. Un desafío pendiente». En: Políticas de reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en América Latina. Disponible en: <http://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/ozonomio/revista8/Bibliografia/Mesa4.doc> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Marimán, Pablo (2001): «Gobierno y territorio en el país mapuche». *Revista Kull Kull*, No. 2. Proyecto de Desarrollo Autogestionario Mapuche. Temuco.
- Marimán, José y CEDM Liwen (1990): Pueblo mapuche. Estado y autonomía regional (Santiago, Chile, Centro de Estudios y Documentación Mapuche y Fundación para el Progreso Humano).
- Reale, Miguel (1997): Teoría tridimensional del derecho (Madrid, Tecnos).
- Rodríguez Garavito, César y García Villegas, Mauricio (2005): «Derecho y sociedad en América Latina». Disponible en: <http://canaljusticia.org/#!/cursos/2> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Rodríguez Garavito, César (2011): El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (Buenos Aires, Argentina, Siglo XXI).
- Salas, Ricardo (2003): Ética intercultural. (Re)lecturas del pensamiento latinoamericano (Santiago, Chile Ediciones UCSH).
- Salas, Ricardo y Faundes, Juan Jorge (2017): Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile). En: Ledesma, Marianella (coord.), Justicia e interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú).
- Sánchez B., Esther (1999): «La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia». En: Assies, Willem, Van der Haar, Gemma y Hoekema, André (eds.), El reto de la diversidad (México, Colegio de Michoacán).
- Santos, Boaventura De Sousa (1987): «Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law». *Journal of Law and Society*, 14, 279. Disponible en: [www.jstor.org/stable/1410186](http://www.jstor.org/stable/1410186). [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Santos, Boaventura De Sousa (1991): Estado, derecho y luchas sociales (Bogotá, Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos).
- Stavehagen, Rodolfo (1989): Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En: Stavehagen, Rodolfo, Entre la ley y la costumbre (México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Stavehagen, Rodolfo (1997): El marco internacional del derecho indígena. En: Gómez, Magdalena (coord.), Derecho indígena (Instituto Nacional Indigenista y Asociación Mexicana para las Naciones Unidas).

- Walsh, Catherine (2002): Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. En: Salgado, Judith (comp.), Justicia indígena. Aportes para un debate (Quito, Ecuador, Ediciones Abya Yala).
- Yrigoyen, Raquel (1999): «Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos». *Pena y Estado*. Enero, No. 4, «Justicia Penal y comunidades indígenas» (Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales).
- Yrigoyen, Raquel (2000): Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal (Guatemala, Fundación Myrna Mack).
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006): Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: Berraondo, Mikel(coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos (Bilbao: Universidad de Deusto).
- Yrigoyen, Raquel (2004): Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/96038360/YRIGOYEN-FAJARDO-Raquel-Pluralismo-juridico-derecho-indigenas-y-jurisdiccion-especial-en-los-paises-andinos> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Yrigoyen, Raquel (2011): El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez Garavito, César (coord.), El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI (Buenos Aires, Argentina. Siglo XXI).

DESCENTRALIZACIÓN ASIMÉTRICA  
Y TERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO.  
UNA MIRADA HACIA EL CASO FRANCÉS

ASYMMETRIC DECENTRALIZATION  
AND TERRITORIALIZATION OF LAW.  
A LOOK AT THE FRENCH CASE

*Benoît Delooz Brochet\**

RESUMEN

El estudio del caso francés muestra varias soluciones de descentralización administrativa asimétrica, que buscan conciliar la unidad del Estado con la reivindicación de una autonomía profundizada por parte de los entes territoriales de Ultramar, que considere sus características y obligaciones particulares.

PALABRAS CLAVE

Descentralización asimétrica, territorialización del derecho, pueblos originarios

ABSTRACT

The study of the French case shows several asymmetric administrative decentralization solutions, which seek to reconcile the unity of the State with the demand for in-depth autonomy on

---

\* Doctor en Derecho, académico de investigación de la Universidad Autónoma de Chile, Providencia, Santiago.

the part of the overseas territorial collectivities, considering their particular characteristics and obligations.

## KEYWORDS

Asymmetric decentralization, territorialization of law, indigenous peoples

## I. INTRODUCCIÓN

Las formas de Estado –entendidas como la concepción y aplicación de un modelo de administración territorial– tienen efectos en la producción de normas y, en consecuencia, sobre sus destinatarios. Por esa razón es relevante plantear, para cada sociedad, cuál es el modelo territorial más adecuado según el momento y las aspiraciones de la comunidad.

Diferentes son las soluciones que han sido imaginadas. Según las clasificaciones más comunes, suelen encontrarse la del Estado unitario, del Estado federal y, más reciente, la del Estado autonómico o regional. Sin embargo, esa clasificación es generalmente aprendida de manera limitada, y no se percibe forzosamente el alcance que tiene tal o cual sistema de repartición de competencias normativas para los Estados confrontados a reivindicaciones por parte de los pueblos originarios. Ya Kelsen o Eisenmann habían señalado que no existe un Estado puramente centralizado, como tampoco descentralizado. A partir de ese momento, los fenómenos de «territorialización» del derecho son inevitables.

En este contexto, la comprensión o, quizás, mejor dicho, el conocimiento de realidades que superan la teoría puede ayudar a formular propuestas relativas a la producción y a la aplicación de las normas que permiten conciliar aspiraciones diferentes, al mismo tiempo que mantienen una cierta unidad bajo el alero del interés general, o bien común, de la comunidad política entera.

En el marco de una reflexión sobre las relaciones entre el Estado chileno y el pueblo Mapuche, su reconocimiento y la generación de

instancias de participación política de los pueblos originarios, el caso de Francia (país considerado como uno de los más centralizados dentro de los Estados que se declaran unitarios), puede ser de interés para el constituyente y el legislador chileno, en su misión de lograr la unidad en la diversidad y la cohesión del cuerpo social entero.

En ese sentido, se examinarán las soluciones de descentralización administrativas asimétricas que Francia ha establecido para sus entidades de ultramar, donde residen pueblos originarios y algunos ejemplos de arreglos de repartición del poder normativo (reglamentario y legislativo) entre el Gobierno central y ciertos entes territoriales.

El primer dato de importancia tiene relación con el número de grados de entes territoriales y su ubicación en el ordenamiento jurídico, puesto que la constitución chilena solo prevé las regiones y las municipalidades<sup>1</sup>, mientras que en Francia «las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones<sup>2</sup>, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado» (Art. 72 inc. 1). Nueva Caledonia goza de un estatuto tan particular que es objeto del título XIII de la Constitución y no es una colectividad territorial<sup>3</sup>, pero la institución tan particular de las leyes del país de Nueva Caledonia merece ser conocida.

Como lo subraya J.-C. Douence, «la uniformidad estatutaria de las colectividades territoriales [francesas] era dogmáticamente

<sup>1</sup> Art. 110 inc. 1.

<sup>2</sup> La revisión constitucional de marzo de 2003 elevó a la región primero al rango de colectividad territorial. Loi No. 2003-276 de 2003.

<sup>3</sup> Cf. CE (13.12.2006) : «Considérant, en second lieu, que la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale». Para más detalles sobre la organización administrativa del territorio de Nueva-Caledonia, ver Faberon (1998) 19-31; también Pag (2001).

considerada como inherente al principio de igualdad. No cesó de pulverizarse hasta desaparecer casi totalmente con la revisión de 2003»<sup>4</sup>.

## 2. LOS ENTES TERRITORIALES FRANCESES DE ULTRAMAR

Históricamente hablando, la primera infracción al principio de igualdad proviene de las asimetrías institucionales<sup>5</sup>, en la primera fila de las cuales aparece el «grandioso mosaico» de ultramar<sup>6</sup>.

### 2.1 *Los departamentos y regiones de ultramar* (DROM - art. 73 CPR)

Los Departamentos y Regiones de Ultramar (en adelante DROM, por su sigla francesa), regidas por el artículo 73 de la Constitución, son Guadalupe, Guyana, Martinica y Reunión y, desde marzo de 2011, el departamento de Mayotte<sup>7</sup>.

Pueden ser objeto de disposiciones específicas en cuanto a su organización (institución de una asamblea deliberante única para un departamento y una región de ultramar o reemplazo de esas dos colectividades por una colectividad única<sup>8</sup>). Pueden también ser transformadas o fusionadas en colectividades de ultramar regidas por el artículo 74 de la Constitución. En todos los casos, esas modificaciones están sometidas al consentimiento de los electores, pero es el legislador quien decide en última instancia<sup>9</sup>, aunque sería poco

<sup>4</sup> Douence (2013) 203.

<sup>5</sup> Portelli (1999).

<sup>6</sup> Auby (2006) 1-15.

<sup>7</sup> Art. L.O. 3511-1 del C.G.C.T.

<sup>8</sup> La Ley No. 2011-884 de 2011 *relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique* decide, sobre la base de los artículos 72-4 y 73 inc. 7 de la Constitución, la creación, para cada uno de esos territorios, de una colectividad territorial única que ejercerá a la vez las competencias hasta entonces correspondientes al departamento y a la región de ultramar.

<sup>9</sup> Tratándose de los entes territoriales fuera del continente europeo, el art. 73 inc.7 prevé que «*la création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les*

probable que no actuara conforme al resultado de una consulta que él mismo (o más probablemente el gobierno) hubiera lanzado.

### 2.1.1 *El principio de la asimilación legislativa y las hipótesis de descentralización del poder de adaptación de las leyes y de los reglamentos del artículo 73 CPR*

Aunque consagrada en derecho francés, esa técnica jurídica puede ser de interés para el legislador chileno. Sin ir tan lejos, el Tribunal Constitucional chileno estima que, tratándose del poder reglamentario municipal, «la igualdad ante la ley (...) no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos. El requirente no puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta»<sup>10</sup>.

El Conseil d'Etat había subrayado en un dictamen que la posibilidad, para la colectividad territorial de Córcega, de adaptar medidas reglamentarias, estaba subordinada a la exigencia que no «alcance la competencia que pertenece al Primer ministro de dictar reglas nacionales aplicables al conjunto del territorio»<sup>11</sup>. Esta solución consistiría finalmente en la generalización o extensión de las disposiciones relativas al ultramar (art. 73 y 74), es decir, la existencia de una esfera de competencias protegidas de las usurpaciones del Ejecutivo nacional, al conjunto de las colectividades territoriales francesas. Pero esa solución, al igual que otras proposiciones formuladas aquí, necesitaría una revisión constitucional. Se trataría, ni más ni menos, que dar un paso suplementario hacia el abandono de la unidad normativa y de la igualdad de los ciudadanos ante la aplicación de la ley.

El poder reglamentario de las colectividades de ultramar está regido por las disposiciones de los artículos 72-3 a 74-1 de la Constitución<sup>12</sup>. El artículo 72-3 designa nominativamente cada una de

---

*formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.»*

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional (15.03.2012), cons. 65.

<sup>11</sup> Citado por Barella (2011), 260, NBP No. 919.

<sup>12</sup> La Nueva Caledonia está regida por las disposiciones del título XIII y no tiene, de todas maneras, el estatuto de colectividad territorial.



esas colectividades y define dos categorías estatutarias. Por una parte, las que tienen el estatuto de departamento y de región de ultramar (DROM), que, regidas por el artículo 73, reciben de pleno derecho las leyes y reglamentos en virtud del principio de asimilación legislativa y pueden beneficiarse de un poder de adaptación. Por otra, las colectividades de ultramar (COM, por su sigla en francés)<sup>13</sup> regidas por el artículo 74 y el principio de especialidad legislativa (*cf. infra*)<sup>14</sup>.

El artículo 73 de la Constitución fija el régimen de los departamentos y regiones de ultramar, indicando que están sometidos al principio de la asimilación legislativa<sup>15</sup>, aunque de modo suavizado. El régimen anterior a la reforma de 2003 entendía la asimilación como implicando la aplicación de pleno derecho del estatuto de la metrópoli a esas colectividades territoriales, salvo que una adaptación de las normas se hiciera necesaria en consideración de presiones y características particulares. El artículo 73 autoriza hoy flexibilizaciones que permiten de mejor modo tomar en cuenta la especificidad y las preocupaciones de los departamentos y regiones de ultramar<sup>16</sup>.

En primer lugar, inspirándose de la redacción del artículo 299-2 del Tratado de Ámsterdam<sup>17</sup>, se abre de modo más amplio a la posibilidad de adaptar las leyes y reglamentos<sup>18</sup>, no solo autorizando las adaptaciones necesitadas por la situación particular de esas co-

<sup>13</sup> Se trata de las colectividades de ultramar de Saint-Pierre-et-Miquelon, de las islas Walis y Futuna, de la Polinesia francesa y, desde 2007, de Saint-Barthélemy y de Saint-Martin.

<sup>14</sup> El paso de un régimen al otro está subordinado a la intervención de una ley orgánica y no podrá efectuarse sin que el consentimiento de los electores de la entidad, o de la parte interesada de esta, haya sido previamente recabado. La consulta se convoca por una decisión del presidente de la República (art. 72-4).

<sup>15</sup> La Ley No. 46-451 de 1946 ha establecido las reglas de aplicación del principio de asimilación legislativa y reglamentaria (arts. 2 et 3).

<sup>16</sup> Como lo había indicado Girardin, ministra del Ultramar, durante su audición por el Senado, «les règles relatives au transport scolaire en Guyane, qui s'effectue par pirogue, ou les procédures applicables en matière de délégations de service public s'agissant de «taxis brousse» ne sauraient être les mêmes qu'en métropole, et leur inadapation outre-mer aboutissait à un phénomène de rejet de la part des populations s'estimant être «les grandes oubliées de la République».

<sup>17</sup> Hoy artículo 349 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>18</sup> Era paradójal que el derecho comunitario hubiera permitido adaptaciones más amplias a los departamentos de ultramar que el derecho constitucional nacional.

lectividades, sino que el conjunto de los ajustes que tienen que ver con sus características y obligaciones particulares (art 73 inc. 1)<sup>19</sup>.

En segundo lugar, permite al legislador o al gobierno, habilitar, a la colectividad que lo desea, a fijar ella misma esas adaptaciones, en los asuntos donde se ejerzan sus competencias (art. 73 inc. 2).

Esa novedad permite hablar de una *descentralización del poder de adaptación*, porque una colectividad se ve dotada de un poder reglamentario que le permite adaptar los textos reglamentarios y legislativos por deliberación de su asamblea<sup>20</sup>.

Sin embargo, dos límites están previstos: se debe tratar de una intervención en sus ámbitos de competencias<sup>21</sup> y debe haber una habilitación reglamentaria o legislativa previa.

En tercer lugar, y como en los casos precedentes, a su petición, «para tener en cuenta sus particularidades, esas entidades podrán ser facultadas, según el caso, por la ley o por el reglamento, para que ellas mismas establezcan las reglas aplicables sobre su territorio, en un número limitado de materias que podrán pertenecer al ámbito de la ley o del reglamento» (73 inc. 3<sup>22</sup>). Eso sí, se establece una doble

<sup>19</sup> «Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités».

<sup>20</sup> Antes de la reforma constitucional, las colectividades disponían de un único poder de adaptación en el ámbito reglamentario de sus competencias. El artículo 73-2 permite hoy, a algunas asambleas territoriales, adaptar leyes. Durante su audición por la comisión de las leyes del Senado relativa al proyecto de ley constitucional sobre organización descentralizada de la República, GOHIN estimó que tal posibilidad de proceder a adaptaciones en materias legislativas creaba la confusión con el régimen jurídico del artículo 74 que se aplica a las colectividades sometidas al principio de especialidad legislativa. Audition de GOHIN, (17 octubre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

<sup>21</sup> Recuerdo que además de las competencias normalmente atribuidas a las colectividades metropolitanas, las regiones de Ultramar benefician de competencias más amplias, particularmente en materia de desarrollo y ordenamiento territorial y en materia financiera.

<sup>22</sup> «Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement».

reserva: esas reglas no pueden ejercerse sobre una lista de materias consideradas como de soberanía (*régaliennes*) (73 inc. 4)<sup>23</sup>. Tampoco pueden intervenir cuando se trate de las condiciones fundamentales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución (73 inc. 6).

## 2.2 *Las Colectividades de Ultramar (COM - art. 74 CPR)*

El artículo 74 de la Constitución establece el estatuto de las Colectividades Territoriales de Ultramar (*oultre-mer*, COM). La noción genérica de «colectividades de ultramar» permite considerar la diversidad de sus situaciones y elaborar estatutos a medida. De una manera general, el artículo 74 inc. 1 dispone que «Las entidades ultramarinas regidas por el presente artículo tienen un estatuto que considera los intereses de cada una dentro de la República».

Este estatuto, según el artículo 74 inc. 2, es definido por una ley orgánica que fija, entre otros, las reglas de organización y de funcionamiento de las instituciones de la colectividad y el régimen electoral de su asamblea deliberante. Como se ve, el legislador orgánico puede decidir algunas reglas de organización derogatorias a la ley y a los principios generales del derecho y, entonces, a la uniformidad de la organización de las colectividades territoriales.

Por otro lado, el artículo 74 inc. 4 dispone que «Las otras modalidades de la organización particular de las entidades a las que se refiere este artículo se determinan y modifican por ley, previa consulta de su asamblea deliberante».

---

<sup>23</sup> Es decir, la reglas a «la nacionalidad, derechos cívicos, garantías de libertades públicas, Estado y capacidad de las personas, organización de la justicia, derecho penal, procedimiento penal, política exterior, defensa, seguridad y orden público, moneda, crédito y cambios, así como al derecho electoral. Esta enumeración se podrá precisar y completar por ley orgánica». GOHIN había observado que la lista de esas materias no susceptibles de estar transferidas a las colectividades, no era semejante a la del artículo 34 de la Constitución, lo que podía ser perjudicial a las libertades públicas. *Audition de GOHIN (17 octobre 2002) par la commission des lois du Sénat relative au projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.*

El marco constitucional del artículo 74 concierne en realidad a dos tipos de colectividades de Ultramar: las que están dotadas de autonomía, es decir, hoy la Polinesia francesa, y las otras<sup>24</sup>.

Todas esas disposiciones hacen del estatuto de las colectividades de Ultramar el más derogatorio respecto del derecho común, pero una vez más está fijado por el legislador.

Tratándose de Chile, las últimas reformas constitucionales que conciernen el Ultramar han sido operadas por las leyes No. 20.193 de 2007 y No. 20.573 del 6 de marzo de 2012.

La primera introdujo un nuevo artículo 126 bis, que señala que Isla de Pascua y el archipiélago Juan Fernández son territorios especiales cuyos gobiernos y administración serán regidos por los estatutos especiales establecidos por su ley orgánica respectiva. La segunda agregó un nuevo inciso a este artículo limitando la libertad de circulación sobre esa porción del territorio<sup>25</sup>, en el sentido que ambos constituyen ecosistemas frágiles y muy vulnerables, que han sido declarados patrimonio de la humanidad (Isla de Pascua) y reserva mundial de la biósfera (archipiélago Juan Fernández), y puesto que el auge de residentes o la afluencia descontrolada de turistas afectan la conservación de sus riquezas naturales, arqueológicas, la sobrevivencia de la cultura Rapa Nui y el desarrollo sustentable, entre otros.

El artículo 74 de la Constitución establece el estatuto constitucional de las colectividades de Ultramar. Esa categoría, cuyo régimen de aplicación de las leyes no es uniforme, está constituida de la Polinesia francesa, de las islas Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy, Saint-Martin y de Saint-Pierre-et-Miquelon. Solo las dos primeras gozan del principio de especialidad legislativa, que permite ajustar mejor su estatuto a sus especificidades y sus demandas.

---

<sup>24</sup> Cf. nota precedente.

<sup>25</sup> «Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7º del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado».

### 2.2.1 *El principio de especialidad legislativa*

El régimen de especialidad *impone al legislador mencionar expresamente la aplicación de las leyes metropolitanas a esas colectividades*. Disponen de un estatuto particular, aprobado previo dictamen de la asamblea deliberante, que considera los intereses de cada una dentro de la República, definidos por una ley orgánica.

Se establece las condiciones en que son aplicables las leyes y reglamentos, define la extensión de su competencia normativa –so reserva de las materias de soberanía (*régaliennes*) enumeradas en el inciso 4 del artículo 73– y determina las condiciones según las cuales sus instituciones son consultadas sobre los proyectos y proposiciones de ley y los proyectos de ordenanza o de decreto que incluyan disposiciones particulares a la entidad, así como sobre la ratificación o aprobación de compromisos internacionales concertados en materias que sean de su competencia.

### 2.2.2 *Las «leyes del país» de la Polinesia francesa*

Salvo esos estatutos derogatorios, el artículo 74 reserva menciones a las colectividades que gozan de la autonomía, actualmente solo la Polinesia francesa.

Primero, se reconoce la posibilidad de tomar medidas justificadas por las necesidades locales<sup>26</sup> a favor de la población de la colectividad en materia de acceso al empleo, de derecho de establecimiento para el ejercicio de una actividad profesional o de protección del patrimonio de bienes raíces. De mismo modo que eso existía ya para Nueva Caledonia, se trata de permitir a la Polinesia francesa derogar el principio de igualdad en beneficio de la preferencia local en esos ámbitos.

Luego, el Estado puede asociar las instituciones de la colectividad al ejercicio de las competencias conservadas por él. Estos

<sup>26</sup> Se notará que el dispositivo se refiere, como el artículo 56 del Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a la noción de «necesidades *locales*». El control ejercido por el juez administrativo en primera y última instancia sobre los actos de las colectividades de ultramar (art. 74), ofrece así la ventaja de integrar el control de convencionalidad.

mecanismos de asociación pueden en particular aplicarse en materia de conducción de las relaciones exteriores en su marco regional. Podrán también concernir al procedimiento penal, para permitir a una colectividad que tiene competencia para dictar reglamentaciones sobre infracciones, constatar aquellas cometidas, siempre y cuando el personal afectado a esa misión haya sido habilitado por el Estado.

El elemento más simbólico del régimen aplicable a la Polinesia francesa reside en el hecho que puede adoptar «leyes del país», además de las deliberaciones tradicionales<sup>27</sup>. Si la alusión a un poder legislativo local ha sido avanzada, eso es verosímil en el caso de las leyes del país de Nueva Caledonia, porque su contencioso depende del juez constitucional<sup>28</sup>. En cambio, esa solución parece más difícil a retener para las «leyes del país» polinésico, porque su contencioso depende del *Conseil d'État*<sup>29</sup>.

Así, el constituyente da, una vez más, al legislador orgánico una habilitación que le permite establecer una aplicación no uniforme de la ley, considerada ahora no como una derogación al principio de igualdad, sino que como su adaptación. Es la igualdad misma, entendida como no igualitaria, la que permite que la ley pueda ser aplicada de manera diferente.

La ley del 27 de febrero de 2004, relativa al estatuto de autonomía de la Polinesia francesa, hace una primera aplicación de esta reforma, puesto que le está reconocida la competencia de fijar, mediante «leyes del país», para cada tipo y cada sector de actividad,

<sup>27</sup> Art. 140 y s. Loi organique No. 2004-192 de 2004,

<sup>28</sup> Art. 77 inc. 1-2: «Tras la aprobación del acuerdo en la consulta prevista por el artículo 76, la ley orgánica, tomada tras dictamen de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia, con el fin de garantizar la evolución de Nueva Caledonia conforme a las orientaciones definidas por este acuerdo y según las modalidades necesarias a su aplicación, establecerá: – Las normas de organización y funcionamiento de las instituciones de Nueva Caledonia, de modo especial las condiciones en las cuales ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia podrán someterse, antes de su publicación, a la fiscalización del Consejo Constitucional».

<sup>29</sup> Art. 74, inc. 3 –1 : «La ley orgánica puede igualmente determinar, para las entidades que gozan de autonomía, las condiciones en las cuales: – El Consejo de Estado ejerce un control jurisdiccional específico sobre ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante que se efectúan en concepto de las competencias que esta tiene en el ámbito de la ley».

medidas que favorecen a la población local. El artículo 74 de la Constitución, al permitir a las colectividades de Ultramar adoptar medidas justificadas por sus situaciones particulares, comporta el riesgo del replanteamiento de los principios fundamentales de la República y la compatibilidad de esas disposiciones con las libertades públicas.

Llamado a pronunciarse sobre esta ley, el *Conseil constitutionnel* indicó que «nada se opone, bajo reserva de las prescripciones de los artículos 7, 16 y 89 de la Constitución, que el poder constituyente introduzca en el texto de la Constitución disposiciones nuevas que, en los casos que sean, derogan reglas y principios de valor constitucional»<sup>30</sup>.

Como lo nota Chavier, a pesar del carácter gratificante de la denominación de estos actos, las «leyes del país» están siempre citados entre comillas, «para distinguirles de las verdaderas leyes del país de Nueva Caledonia que tienen valor legislativo»<sup>31</sup>. Por otro lado, la añadidura «del país», como para la Nueva Caledonia, es una manera de marcar que, después de todo, no se les puede clasificar en la misma categoría que las leyes votadas por el Parlamento, de las cuales no pueden pretender tener la misma potestad jurídica.

Nunca se debe perder de vista que este último siempre puede modificar la amplitud material como normativa de las competencias otorgadas. Las «leyes de país» tienen, entonces, solo un valor reglamentario.

Sin embargo, su estatuto permanece particular porque ha sido creado un mecanismo de protección de las competencias de la Polinesia francesa por el *Conseil constitutionnel* contra las eventuales intromisiones del legislador<sup>32</sup>. Eso significa que, en esas colectividades de Ultramar, la norma reglamentaria nacional permanece en segundo plano respecto de la norma local –aunque esta tenga rango reglamentario y no legislativo–, si intervino en el campo de competencias

<sup>30</sup> Conseil constitutionnel (12.02.2004), cons. 8.

<sup>31</sup> Chavier (2011) 66.

<sup>32</sup> Art. 74 inc. 9: «l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité».

reservadas<sup>33</sup>. Tienen la facultad de ejercer un poder reglamentario cuya amplitud excede la de las colectividades continentales. En efecto, les está permitido tomar decisiones con carácter general en ámbitos en los cuales el legislador, como el Ejecutivo, no puede intervenir. Una vez más, esa reforma y la constitucionalización de medidas calificables de discriminaciones positivas, llevan a interrogarse sobre las transformaciones del principio de igualdad.

### 3. NUEVA CALEDONIA

Nueva Caledonia es una colectividad territorial *sui generis*, definida por el título XIII de la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958 (artículos 76 y 77). El artículo 76 CPR se refiere al acuerdo que se firmó en Numea el 5 de mayo de 1998, y a propósito del cual las poblaciones del archipiélago debían pronunciarse antes del 31 de diciembre de 1998. A su turno, el artículo 77 señala que: «Tras la aprobación del acuerdo en la consulta prevista por el artículo 76, la ley orgánica, tomada tras dictamen de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia, con el fin de garantizar la evolución de Nueva Caledonia conforme a las orientaciones definidas por este acuerdo y según las modalidades necesarias a su aplicación, establecerá:

– Las competencias del Estado que habrán de transferirse, de forma definitiva, a las instituciones de Nueva Caledonia, el escalonamiento y las modalidades de estas transferencias, así como la repartición de los gastos originados por estas.

– Las normas de organización y funcionamiento de las instituciones de Nueva Caledonia, de modo especial las condiciones en las cuales ciertas categorías de actos de la asamblea deliberante de Nueva Caledonia podrán someterse, antes de su publicación, a la fiscalización del Consejo Constitucional.

– Las reglas relativas a la ciudadanía, al sistema electoral, al empleo y al derecho civil consuetudinario.

---

<sup>33</sup> Como lo señala Auby: «Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, c'est même la loi nationale qui s'inclinera devant la «loi de pays» si celle-ci est bien située dans une matière réservée au territoire.» Auby (2006) 13.



–Las condiciones y plazos en los que las poblaciones afectadas de Nueva Caledonia habrán de pronunciarse sobre el acceso a la plena soberanía.

Las otras medidas necesarias para la aplicación del acuerdo al que se hace referencia en el artículo 76 se definirán por ley.»

Promulgada el 19 de marzo de 1999, la ley orgánica de Nueva Caledonia (LONC) establece una organización territorial e institucional transitoria (asociada a la creación de una ciudadanía de Nueva Caledonia), en espera del voto de autodeterminación para Nueva Caledonia el 4 de noviembre de 2018. Abarca, además, la definición de los signos calificados de identidad y las transferencias de competencias en muchas áreas, excepto las llamadas competencias soberanas.

## LAS LEYES DEL PAÍS DE NUEVA CALEDONIA

Según el artículo 73 de la ley orgánica: «La iniciativa de las leyes del país y de las deliberaciones pertenece a la vez al gobierno y a los miembros del congreso». Los textos preparados por el primero se llaman «proyectos de ley del país»; los presentados por los segundos, «proposiciones de ley del país».

El Consejo de Estado emite su dictamen sobre cualquier anteproyecto de «ley del país» antes que sea sometido a votación del gobierno, y sobre cualquier proposición de ley del país antes de su primera lectura. Esto se transmite a los presidentes de gobiernos locales y del Congreso, al Alto Comisionado y al Consejo Constitucional.

El Consejo de Estado verifica en particular que los campos de aplicación de ley que se le presenta responden bien a las áreas definidas por el artículo 99 de la ley orgánica. También interviene en el contexto de cualquier contencioso administrativo en la que la naturaleza jurídica de una disposición de una ley del país sea objeto de «una disputa grave». Finalmente, pueden ser consultados los presidentes del Congreso, del gobierno o una asamblea provincial o por el Alto Comisionado, «con el propósito de constatar que una

disposición de una ley del país ha intervenido fuera del campo definido en el artículo 99».

El Consejo Constitucional puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley del país y su decisión se publica en el Diario Oficial de la República Francesa y en el Diario Oficial de Nueva Caledonia. Si concluye que la ley del país contiene una disposición contraria a la Constitución que es inseparable de la totalidad de la ley, la ley no puede ser promulgada. En cambio, si no se considera inseparable del resto del documento, la parte del texto que se considera inconstitucional es la única que no se promulga. En este caso, el gobierno local puede solicitar, dentro de los diez días de la publicación de la decisión del Consejo Constitucional en el Diario Oficial de Nueva Caledonia, una nueva deliberación del Congreso sobre la disposición pertinente, a fin de ponerla en conformidad con la Constitución.

Incluso después de su promulgación, la ley del país aún puede estar sujeta a la cuestión prioritaria de la constitucionalidad

#### 4. CONCLUSIÓN

La diversidad de soluciones presentadas por el caso francés en relación con las instituciones, el sistema representativo y el de repartición de competencia entre el poder central y los entes periféricos del Ultramar, muestran que es posible adaptar y hacer evolucionar un país que durante mucho tiempo fue considerando el arquetipo de los Estados unitarios centralizado. Esa variedad no atenta contra la unidad de la nación, sino que morigera la uniformidad institucional, que se había convertido en esclerosante.

La noción de unidad nacional se mantiene como un zócalo defendido por los diferentes gobiernos en nombre del principio de indivisibilidad de la República y de igualdad, de todos los ciudadanos, ante la ley. Paralelamente a la indivisibilidad de la República, la Constitución afirma, en su artículo 3, la unicidad de la soberanía, que pertenece al pueblo en su conjunto y no a una sección de este. Este artículo recoge el artículo 3 de la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual «El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella».

En ese contexto, las palabras de Hauriou se caracterizan por su modernidad: «en la medida que la nación descentralizada constituirá siempre una nación única y que permanecerá siempre una «soberanía política primitiva»<sup>34</sup>, la atribución de un poder legislativo limitado a las colectividades locales puede ser compatible con la unidad del Estado»<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Auby, Jean-Bernard (2006): «Réflexion sur la territorialisation du droit», *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE* (Paris, Dalloz), pp. 1-15.
- Barella, Xavier (2011): *Le collectivités territoriales et la loi en droit public français* (Toulouse, S.n).
- Chavrier, Géraldine (2011) : *Le pouvoir normatif local: enjeux et débats* (Paris, L.G.D.J, col: Systèmes).
- Douence, Jean-Claude (2013): «Le statut constitutionnel des collectivités territoriales», *Encyclopédie Dalloz des Collectivités Locales*, Vol. 1, Chapitre 1, No. 203.
- Faberon, Jean-Yves (1998): «L'Accord de Nouméa du 21 avril 1998: la Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée», en VV.AA, *Regards sur l'actualité* (Paris, La Documentation française) No. 241, pp. 19-31.
- Page, Jeanne (2001): *Du partage des compétences au partage de la souveraineté: des territoires d'outre-mer aux «pays d'outre-mer»* (Marseille, PUAM).
- Portelli, Hugues (1999): «La fin du principe d'uniformité. Approche comparative», en VV.AA, *Mélanges Ardant* (Paris, LGDJ), pp. 453-472.

<sup>34</sup> La referencia a la «soberanía política primitiva» de Hauriou puede ser «co-tejada con la teoría de Carré de Malberg tratándose de la potestad territorial que permite distinguir federación y descentralización» Chavrier (2011), p. 41.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 44.

## NORMAS CITADAS

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)
- Constitución Política de la República de Chile (22/09/2005), actualizado al 16 de junio de 2018
- Ley No. 20.193 (30/07/2007) de reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y archipiélago Juan Fernández
- Ley No. 20.573 (06/03/2012) de reforma constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y archipiélago Juan Fernández
- Constitution française du 4 octobre 1958 (version consolidée au 10 octobre 2018)
- Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), actualizado al 02.09.2019
- Loi No. 46-451 (19/03/1946) *tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française*
- Loi No. 2011-884 (27/07/2011) *relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique*
- Loi organique No. 2004-192 (27/02/2004) *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*
- Loi constitutionnelle No. 2003-276 (28/03/2003) *relative à l'organisation décentralisée de la République*
- Loi organique No. 99-209 (19/03/1999) *relative à la Nouvelle-Calédonie*

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional Rol 1669-2010, de 15.03.2012, *Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*
- Conseil constitutionnel, Déc. No. 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*
- Conseil d'État, 13 décembre 2006, No. 279323



**CAPÍTULO TERCERO:**  
**ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA**



EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES FRENTE A LOS MECANISMOS  
EXTRAORDINARIOS DE DEFENSA DE  
LA DEMOCRACIA. ESPECIAL REFERENCIA  
AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESTADOS  
DE EXCEPCIÓN Y LA INTERVENCIÓN  
DE LAS FUERZAS ARMADAS

THE IRRADIANT EFFECT OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS AGAINST EXTRAORDINARY  
DEMOCRACY DEFENSE MECHANISMS.  
SPECIAL REFERENCE TO THE LEGAL REGIME  
OF THE STATES OF EXCEPTION AND THE  
INTERVENTION OF THE ARMED FORCES

*Alexander Espinoza Rausseo\**

RESUMEN

En el presente estudio nos proponemos el análisis del régimen jurídico de los estados de excepción y su relación con otras medidas de defensa de la democracia, especialmente desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como programas normativos de resolución de conflictos.

---

\* *Doctor iuris* Universität Passau, Alemania. Docente de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. Dirección postal: Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Facultad de Derecho. Piso 5. 5 Poniente 1670, Talca, Chile. Dirección electrónica: alexander.espinoza@uautonoma.cl



## PALABRAS CLAVE

Prohibición de partidos políticos, régimen de estados de excepción, intervención de las Fuerzas Armadas

## ABSTRACT

In this study we propose the analysis of the legal regime of states of emergency and its relationship with other measures of defence of democracy, especially from the point of view of fundamental rights, such as normative conflict resolution programs.

## KEYWORDS

Prohibition of political parties, regime of states of exception, Armed Forces intervention

## I. INTRODUCCIÓN

La expresión *wehrhafte Demokratie* (con frecuencia, ha sido erróneamente traducida del alemán como «democracia militante»), constituye un principio fundamental, según el cual, la democracia debe hacer uso de los medios disponibles, en el marco del estado de derecho, para defenderse de aquellas fuerzas políticas que la combaten y pretenden sustituirla por un régimen no democrático.

Bajo esta categoría pueden ser englobadas una serie de instituciones contenidas en la Constitución Política de Chile, algunas de las cuales se inspiraron en el modelo de la Ley Fundamental alemana. Entre los mecanismos de defensa de la democracia, pueden señalarse: el artículo 19 No. 15 inciso 6°, el cual permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización; y el artículo 9 de la Constitución Política, el cual establece graves sanciones de inhabilitación a los responsables de conductas terroristas, así como la declaratoria de estados de excepción constitucional.

La determinación de una categoría de facultades dirigidas a la defensa de la democracia puede ser de utilidad para establecer algunas características comunes. La defensa de la democracia constituye un bien jurídico de elevado valor que podría justificar la adopción de medidas igualmente graves. Para delimitar su ámbito de aplicación con respecto de otras acciones del Estado, debemos tomar en consideración su carácter extraordinario, del cual derivan consecuencias importantes.

La doctrina jurídica ha generado un importante debate en torno a la aplicación de medidas penales y de la legislación antiterrorista, en el marco de la protesta social relacionada con la recuperación de los territorios ancestrales del pueblo Mapuche. En este escenario se han presentado acciones de hecho y violentas, contrarias al orden público, con peligro para personas y bienes o que han sido constitutivas de delitos que afectan el derecho de propiedad privada, como son los delitos de incendio y daños. Pero, en la opinión pública y entre sectores oficiales, se plantea la interrogante relativa a la declaratoria de un estado de excepción constitucional, como mecanismo de protección de los intereses afectados por el conflicto.

En el presente estudio nos proponemos el análisis del régimen jurídico de los estados de excepción y su relación con otras medidas de defensa de la democracia, especialmente desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como programas normativos de resolución de conflictos. La Corte Suprema ha sostenido el criterio de la exclusión del control jurisdiccional de la facultad exclusiva del gobierno para decretar los estados de excepción. Tal criterio ha sido respaldado por un importante sector de la doctrina, mientras que algunos autores sostienen una interpretación restrictiva de la prohibición del artículo 45 de la Constitución.

Analizaremos el ámbito de discrecionalidad o, mejor, el margen de evaluación del presidente de la República en la decisión de intervenir en el conflicto a través de la declaratoria de un estado de excepción. En este aspecto es interesante el tratamiento del problema en el derecho administrativo alemán, especialmente porque su desarrollo se encuentra estrechamente vinculado con la

evolución del concepto de los derechos subjetivos públicos y, más recientemente, con la influencia de los derechos fundamentales en el derecho administrativo.

En cuanto a la intervención de las Fuerzas Armadas, analizaremos el criterio sostenido por la Corte Suprema, en el sentido que, en situaciones de normalidad, el presidente de la República no tiene competencia para ordenar el despliegue de las Fuerzas Armadas con el objeto de resguardar el orden público, sino que tal facultad solo puede ser ejercida en el marco de un estado de excepción constitucional. También deben ser tomados en consideración los reparos realizados por la Corte IDH, en el sentido de la falta de idoneidad de las Fuerzas Armadas para el control del orden público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ofrece parámetros claros para la revisión de la facultad de apreciación del jefe del Estado acerca de la suficiencia o insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la grave perturbación del orden público y sus implicaciones. En términos similares, la jurisprudencia alemana ha entrado a revisar los argumentos expuestos por los órganos de policía, en cuanto a la falta de capacidad de sus integrantes, así como el agotamiento de las diligencias, para obtener apoyo de otros cuerpos policiales de la Federación y los Estados federados (*Länder*).

### 1.1 *Die wehrhafte Demokratie*

Los conceptos *wehrhafte Demokratie* o *streitbare Demokratie* están referidos, en general, a los mecanismos de defensa del Estado y, en particular, a la defensa de la forma de Estado establecida en la Constitución, en el sentido de la protección del orden fundamental de la democracia liberal y de la existencia de la Federación y los Estados federados (*Länder*). A tales fines, podría ser necesario «establecer limitaciones a la libertad, con el fin de defender la libertad»<sup>1</sup>.

Entre los problemas de la República de Weimar se señalan los reparos que se oponían a una defensa frontal en contra de los

<sup>1</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.

enemigos del Estado de derecho. La postura de los juristas alemanes en el exilio fue la de exigir una *democratia militans*, o una democracia combativa. La tesis sostenida por Karl Loewenstein en sus publicaciones del año 1937, afirmaba que, frente a las amenazas del fascismo, correspondía a la democracia el derecho de anular derechos fundamentales y de prohibir partidos no democráticos o asociaciones paramilitares<sup>2</sup>.

El Consejo Parlamentario trató de corregir la poca capacidad de resistencia de la República de Weimar frente al régimen de tiranía del nacionalsocialismo, a través de diversas normas que ofrecieran mayores garantías de protección<sup>3</sup>. A diferencia de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental no se basa en un orden de valores neutral, sino que postula la idea de un «orden fundamental de democracia liberal». Este orden establece mecanismos de defensa frente a amenazas de diversa naturaleza, las cuales pueden surgir a través de partidos políticos y otras asociaciones; del propio Gobierno e incluso por parte de los ciudadanos<sup>4</sup>.

## 1.2 La democracia militante

La expresión ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español, al dejar claro que tal modelo no tiene cabida en el ordenamiento constitucional de España. Una «democracia militante» se caracteriza por imponer, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución<sup>5</sup>. Por el contrario, la Constitución protege también a quienes la niegan. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población. El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse

<sup>2</sup> Reese-Schäfer (2017) 126.

<sup>3</sup> Thiel (2003a) 154.

<sup>4</sup> *Idem*, 129.

<sup>5</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 7.

restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución<sup>6</sup>.

En la doctrina se afirma que en Alemania se ha impuesto un modelo de democracia militante<sup>7</sup>. No compartimos esa posición. Por el contrario, en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se tiene, como punto de partida, un reconocimiento amplio al derecho del ciudadano a compartir o cuestionar los valores establecidos en la Constitución. Ciertamente que la Ley Fundamental pretende que el ciudadano acepte y haga posible los valores en ella establecidos, pero no exige coactivamente la fidelidad del ciudadano. El ciudadano es, en principio, libre de cuestionar los valores fundamentales de la Constitución o de reclamar la modificación de alguno de sus principios. La democracia plural se basa en la confianza de que la colectividad tiene la capacidad de debatir en forma crítica en torno a la Constitución y brindarle protección en tales términos<sup>8</sup>.

El derecho a la libertad de opinión también protege opiniones, que tienen por objeto una reforma estructural del sistema político, independientemente de si ellas son viables en el orden establecido en la Constitución. La Ley Fundamental confía en la fuerza de la discusión libre como el arma más efectiva, incluso en contra de la difusión de ideologías totalitarias y contrarias a la dignidad del ser humano. En consecuencia, incluso la difusión de ideas del nacionalsocialismo, como forma radical de cuestionamiento del sistema vigente, puede ser considerada, *prima facie*, como una conducta comprendida en el ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión. La tarea de enfrentar tales peligros es dejada por el orden liberal de la Ley Fundamental, en primer término, a la actuación ciudadana en el discurso político libre, así como a la actividad educativa del Estado y las escuelas<sup>9</sup>.

También se considera protegido el derecho a expresar opiniones hostiles a la Constitución. El Tribunal Federal Constitucional ha

<sup>6</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4.

<sup>7</sup> Bilbao (2008) 332.

<sup>8</sup> BVerfG • 4 de febrero de 2010 • Exp. 1 BvR 369/04; BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*.

<sup>9</sup> BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*.

dejado claro que, en principio, también los partidarios de extrema derecha pueden hacer valer la protección de la libertad de opinión. Tales expresiones se encuentran sujetas, en todo caso, a las limitaciones de las leyes generales<sup>10</sup>. La libertad de opinión solo puede ser objeto de limitación en el caso de leyes penales que persiguen expresiones antisemitas o racistas, cuando al mismo tiempo se hubiera producido una afectación de bienes jurídicos, tales como la dignidad humana o el derecho general de la personalidad.

### 1.3 *La democracia protegida en Chile*

A partir del 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas chilenas asumieron el poder, con el pretexto de restaurar el orden y la democracia<sup>11</sup>. En la «Declaración de principios del Gobierno de Chile», dictada por la Junta de Gobierno el 11 de marzo de 1974, se dejó claro que el respeto a la libertad de conciencia y el derecho a discrepar no supondría permitir la libre actuación de grupos organizados que auspician la violencia guerrillera para alcanzar el poder<sup>12</sup>. Con ello, se configuró constitucionalmente el esquema de «democracia protegida» en un contexto autoritario, como respuesta al proceso político vivido por el país; se postuló un pluralismo limitado y se contemplaron diversos mecanismos para mantener fuera del orden jurídico a quienes eran considerados como grupos hostiles<sup>13</sup>.

Las reformas constitucionales de 1989 estuvieron referidas solo a aquellos aspectos que eran absolutamente incompatibles con la posibilidad de transitar hacia un régimen democrático<sup>14</sup>, dejando, sin embargo, importantes aspectos pendientes en la forma de «enclaves autoritarios»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> BVerfG Beschluss vom 1. Juni 2006 Az. 1 BvR 150/03, Abs. 21.

<sup>11</sup> Zúñiga (2003); CIDH (1985), párr. 13.

<sup>12</sup> CIDH (1985), párr. 15; Martínez (2000) 401.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional (02.06.2010), Cons. 12º; Zúñiga (2003); Pegoraro (2013).

<sup>14</sup> Paredes (2013) 592; Bruna (1989) 592.

<sup>15</sup> Garretón (1991) 110.

Desde ese punto de vista, analizaremos algunas instituciones establecidas en la Constitución Política, tales como las sanciones de inhabilitación política, por el delito de terrorismo, en el artículo 9; la prohibición de partidos políticos del inciso sexto del artículo 19 No. 15 de la Constitución, así como el régimen jurídico de los estados de excepción constitucional.

#### 1.4 *Los efectos recíprocos de los derechos fundamentales*

La idea según la cual las normas de derechos fundamentales conforman un orden objetivo de valores, se atribuye a la doctrina de la integración expuesta por Rudolf Smend en los años veinte y ha sido calificada como el mayor descubrimiento del derecho constitucional de la segunda mitad del siglo xx<sup>16</sup>.

Desde la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania del 15 de enero de 1958, dictada en el caso *Lüht*, la doctrina del efecto irradiante ha sido aplicada reiteradamente por ese tribunal en innumerables materias. La doctrina del efecto irradiante de los derechos fundamentales se encuentra referida a la influencia que ejerce el orden de valores contenido en la Constitución, para la interpretación de las normas de todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

De allí deriva la teoría de los efectos recíprocos, según la cual, las disposiciones que establecen limitaciones a los derechos fundamentales deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del derecho fundamental afectado. Esta doctrina no postula, sin embargo, una interpretación libre, sino determinada a través del sitio de irrupción de los derechos fundamentales. La influencia de los parámetros de valor de los derechos fundamentales se realiza sobre todo a través de las *cláusulas generales* que remiten, para la valoración de las conductas humanas, a criterios externos e incluso extrajurídicos, tales como de las *buenas costumbres*<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 161.

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198/206 – Lüth.

El objeto del presente trabajo será determinar en qué medida las limitaciones a los derechos fundamentales, que derivan de los mecanismos extraordinarios de defensa del orden fundamental de la democracia liberal, deben ser, a su vez, objeto de limitación, en base a los efectos recíprocos de los derechos fundamentales. Si bien la *wehrhafte Demokratie* puede «establecer limitaciones a la libertad, con el fin de defender la libertad»<sup>18</sup>, tales mecanismos deben ser objeto de limitación, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

## 2. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

En el marco de los mecanismos de defensa de la democracia, la Ley Fundamental regula la facultad del Tribunal Federal Constitucional de declarar el abuso del derecho, así como la prohibición de partidos políticos. Establece, además, el deber de fidelidad de los funcionarios públicos y el régimen de estados de excepción. En el derecho penal analizaremos el delito de coacción a órganos constitucionales.

### 2.1 *El abuso del derecho*

Los redactores de la Ley Fundamental de Bonn concibieron el contenido del art. 18 como una «espada filosa» para el combate de los enemigos de la Constitución. Este faculta al Tribunal Federal Constitucional para declarar la privación en alguno de los derechos fundamentales allí señalados, a aquellos que, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abusen de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa, de la libertad de enseñanza, de reunión, de asociación, del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones, así como del derecho de propiedad y de asilo.

---

<sup>18</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.



La norma tiene por finalidad la protección frente a individuos que, en base a su capacidad y de los medios a su disposición, ponen en peligro la vigencia de la Constitución<sup>19</sup>. De tal forma, para la aplicación del art. 18 resulta necesario que se hubiera producido efectivamente un peligro serio al orden fundamental de la democracia liberal<sup>20</sup>, la peligrosidad del sujeto debe ser aún actual y proyectarse hacia el futuro<sup>21</sup>. La privación del derecho tiene entonces un carácter preventivo y no sancionatorio<sup>22</sup>.

El elemento de combate solo puede estar referido a «un caso extremo» en el que el sujeto, a través de una conducta activa, procura la extinción del orden fundamental de democracia liberal<sup>23</sup>. La norma alude a una conducta dirigida en forma agresiva a afectar o eliminar el orden fundamental de democracia liberal, en base a medios idóneos para alcanzar el fin<sup>24</sup>.

A mediados de los años setenta, la doctrina alertaba en contra de una «democracia militante»<sup>25</sup>. En criterio de Hesse, la cláusula del abuso del derecho del art. 18 podía, a su vez, ser objeto de abuso: «La clase gobernante podría caer en la tentación de atribuir a la oposición intenciones contrarias a la Constitución, para librarse de una oposición incómoda»<sup>26</sup>.

Durante su vigencia, el artículo 18 no ha tenido aplicación práctica<sup>27</sup>. Hasta el momento, el Tribunal Federal Constitucional ha rechazado tres solicitudes de privación de derechos, por infundadas<sup>28</sup>. Por ello, se atribuye a la norma una función simbólica y de advertencia<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> BVerfGE 38, 23/24 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung.

<sup>20</sup> Hesse (1990) 271; Pagenkopf (2007) 717.

<sup>21</sup> BVerfGE 38, 23/24 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung.

<sup>22</sup> Thiel (2003a) 166.

<sup>23</sup> *Idem*, 152.

<sup>24</sup> Krebs (2000) 1030; Pagenkopf (2007) 719.

<sup>25</sup> Thiel (2003a) 130.

<sup>26</sup> Hesse (1990) 271.

<sup>27</sup> Thiel (2003a) 132.

<sup>28</sup> Schlaich y Koriouth (2001) 185.

<sup>29</sup> Schliesky (2014) 865.

## 2.2 *La prohibición de partidos políticos*

Además de la figura del abuso del derecho, la Ley Fundamental de Alemania establece, como mecanismo de protección de la Constitución, la prohibición de partidos políticos<sup>30</sup>. El artículo 21 aparte 2, dispone que son inconstitucionales los partidos que, por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes, tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de democracia liberal o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. La decisión sobre la constitucionalidad corresponde al Tribunal Federal Constitucional.

La inconstitucionalidad de un partido político no se produce por el solo rechazo de determinadas disposiciones o de ciertas instituciones de la Ley Fundamental, sino que se requiere que rechace los valores superiores del orden constitucional, los principios fundamentales que caracterizan el orden constitucional de la democracia liberal, aquellos sobre los cuales todo partido político debe encontrarse de acuerdo<sup>31</sup>. Para la declaratoria de inconstitucionalidad no es suficiente que, en teoría, el partido político no reconozca los principios del orden constitucional, sino que resulta necesario que el curso político del partido, en esencia y de forma permanente, se dirija a combatir el régimen fundamental de democracia liberal<sup>32</sup>.

En su sentencia sobre la prohibición del Partido Comunista Alemán, el Tribunal Federal Constitucional sostuvo que un partido puede ser inconstitucional aun cuando no exista una clara posibilidad de realizar su intención en un tiempo previsible. En caso de ser demostrable la intención enemiga de la Constitución, no sería necesario esperar a que cambie la situación política y que el partido asuma la realización de sus fines<sup>33</sup>, lo cual sería compatible con la naturaleza preventiva de la prohibición<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.

<sup>31</sup> BVerfGE 5, 85/140 – KPD-Verbot.

<sup>32</sup> BVerfGE 5, 85/142 – KPD-Verbot; Zippelius/Würtenberger (2005) 92.

<sup>33</sup> BVerfGE 5, 85/142 – KPD-Verbot; Zippelius/Würtenberger (2005) 92.

<sup>34</sup> BVerfGE 5, 85/143 – KPD-Verbot.

En reciente sentencia de 17 de enero de 2017, el Tribunal cambió expresamente el anterior criterio. Estableció que, en términos conformes al carácter excepcional de la prohibición de partidos políticos, como una prohibición preventiva de organización y no simplemente de una cosmovisión o de una actitud, ella solo puede ser declarada cuando existan elementos de convicción, concretos y relevantes, que indiquen que es, por lo menos posible, que un partido político atente en forma exitosa en contra de los bienes jurídicos protegidos por el art. 21 aparte 2, de la Ley Fundamental (potencialidad)<sup>35</sup>.

### *2.3 El deber de fidelidad de los funcionarios públicos*

De acuerdo con el art. 33 aparte 4 de la Ley Fundamental, y el § 60, parte 1 de la Ley Federal de Funcionarios, los funcionarios deben guardar fidelidad al orden de la democracia liberal, establecida en la Constitución, a través de su conducta, tanto como procurar su mantenimiento. Del deber de fidelidad política deriva la obligación del funcionario de identificarse con el orden del Estado social, liberal, democrático y de derecho. Es imprescindible que el funcionario afirme la vigencia del orden constitucional, lo reconozca como digno de protección y procure activamente su defensa. El deber de fidelidad política exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. El deber de fidelidad política reviste especial importancia en tiempos de crisis y en situaciones de serios conflictos, en los cuales el Estado necesita que el funcionario tome posición en su defensa<sup>36</sup>.

La historia de la función pública en Alemania está relacionada al concepto de fidelidad política desde el siglo XVIII. Mientras que en la monarquía absoluta el deber de fidelidad se presentaba frente a la persona del monarca, como representante del Estado, en la República el funcionario debe fidelidad al Estado y a la Constitución. Una

<sup>35</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 Rn. 585.

<sup>36</sup> BVerfGE 39, 334/348 – Extremistas en la función pública.

expresión visible de ello se encuentra en el juramento de fidelidad<sup>37</sup>. Durante la República de Weimar se hizo evidente el conflicto entre la libertad de opinión del funcionario y su deber de fidelidad. En sus inicios, se enfrentó a la necesidad de repeler las actividades de los comunistas y de los grupos de extrema derecha; luego, en los años finales de la República de Weimar, se enfrentó al creciente peligro del Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores. Frente a los primeros, se dictó la Ley para la Protección de la República, de 21 de julio de 1922, y frente, a los segundos, se estableció que:

«De acuerdo con el desarrollo, que han tomado el Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores y el Partido Comunista de Alemania, ambos deben ser vistos como organizaciones, cuyos objetivos son el derrocamiento del orden estatal vigente. Un funcionario, que forma parte, presta sus servicios o promueve de cualquier forma a una organización de tal naturaleza, infringe el deber de fidelidad que deriva de la relación de función pública y se hace culpable de una falta de servicio. Por ello, se prohíbe a todo funcionario participar, servir o promover de cualquier forma a tales organizaciones»<sup>38</sup>.

El «Estado constitucional» moderno depende de un cuerpo de funcionarios internamente vinculados al Estado y su orden constitucional, que permanezca intacto, leal y fiel al deber, para el cumplimiento materialmente correcto, eficiente y puntual de sus tareas, variadas y complejas, de las cuales deriva el funcionamiento del sistema político-social y la posibilidad de una existencia digna de grupos, minorías y de cada individuo. Cuando ya no sea posible confiar en la institucionalidad de la función pública, tanto la sociedad como el Estado se encontrarán «perdidos» en situaciones críticas<sup>39</sup>.

La infracción del deber de fidelidad por parte de un funcionario constituye una falta de los deberes del cargo<sup>40</sup>. La separación del cargo de un funcionario o un juez de carrera, por el incumplimiento del deber de fidelidad política, solo es posible en base a una infracción

---

<sup>37</sup> *Idem*, 346.

<sup>38</sup> *Idem*, 348.

<sup>39</sup> *Idem*, 347.

<sup>40</sup> *Idem*, 349.

disciplinaria concreta<sup>41</sup>. El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber. Tales elementos se encuentran dados, cuando la convicción política del funcionario, contraria a la Constitución, genera consecuencias frente a su posición con respecto al orden constitucional del Estado, la forma de cumplimiento de sus funciones y su relación con sus compañeros de trabajo o sus actividades políticas<sup>42</sup>.

La importancia de la infracción del deber de fidelidad justifica la sanción de mayor gravedad. La infracción del deber de fidelidad política es insostenible para el Estado, que debe poder confiar en sus funcionarios. La infracción es de mayor gravedad cuando el funcionario pretende continuar la conducta, sin atender a la calificación de su falta. En tales casos, el efecto disuasivo de las sanciones menos graves no tiene posibilidades de éxito<sup>43</sup>.

En todo caso es aplicable la teoría de los efectos recíprocos. Si bien la protección de la libertad del funcionario es garantizada en la medida en que resulte compatible con los deberes derivados del cargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben, sin embargo, ser interpretadas a la luz del derecho fundamental<sup>44</sup>.

## 2.4 *Los estados de excepción*

Un estado de excepción se produce en caso de peligro serio para la existencia del Estado o para la seguridad y el orden público, que no pueden ser enfrentados a través de las vías normales establecidas en la Constitución, sino a través de medios excepcionales<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31.

<sup>42</sup> BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11; Polzer (2000), p. 975.

<sup>43</sup> BVerwG, 10.05.1984 - BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157.

<sup>44</sup> BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 12.

<sup>45</sup> Hesse (1990) 275.

Ejemplo de ello es la situación regulada en el artículo 35 de la Ley Fundamental, el cual establece las condiciones materiales y de procedimiento para la intervención de las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia por catástrofe. En casos de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, se encuentran facultados los Estados federados (*Länder*) para reclamar, en apoyo de su policía, la asistencia de fuerzas de policía de otros Estados federados, de efectivos e instituciones de otras administraciones, así como del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras (*actual Policía Federal*) y de las Fuerzas Armadas para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad o el orden públicos (art. 35 aparte 2).

Por su parte, el artículo 87a, aparte 4, de la Ley Fundamental, dispone que, para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, el Gobierno Federal podrá, siempre que se den los requisitos del artículo 91, apartado 2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras (*actual Policía Federal*) en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Deberá cesar la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el *Bundestag* o el *Bundesrat*.

El artículo 91, aparte 1 de la Ley Fundamental establece que, para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, un *Land* podrá reclamar el concurso de fuerzas policiales de otros Estados federados (*Länder*), así como personal e instituciones de otras administraciones y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras.

El Tribunal Federal Constitucional ha establecido que la intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land*, solo es admisible en base a una habilitación

constitucional expresa, como la señalada en el art. 35 aparte 2 frase 1, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones<sup>46</sup>.

En el Tribunal Constitucional Federal se ha planteado la controversia en torno a si durante la intervención de las Fuerzas Armadas es admisible el uso de armas específicas de tipo militar, o si, por el contrario, las Fuerzas Armadas, en una situación de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, distinto de una situación de defensa de la seguridad nacional, solo podía actuar en condición de «fuerza policial», es decir, en cumplimiento de tareas policiales y en ejercicio de las facultades establecidas en el derecho de policía frente a los ciudadanos<sup>47</sup>.

El Primer Senado del Tribunal sostuvo este criterio restrictivo en una conocida sentencia del 15 de febrero de 2006. El Tribunal en Pleno debió resolver el conflicto planteado por el Segundo Senado. En sentencia del 3 de julio de 2012 se pronunció el Pleno en contra de una limitación de los medios militares, especialmente debido a la necesidad de garantizar un «combate eficaz» de la situación de peligro<sup>48</sup>.

Sin embargo, la mayor apertura del Tribunal en Pleno resulta moderada por una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Si bien el artículo 35 de la Ley Fundamental no impide el uso de armas en una intervención militar, ellas solo son admisibles bajo estrictas condiciones. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas solo pueden intervenir en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente<sup>49</sup>. La función de limitación de estas normas constitucionales debe ser preservada a través de la fidelidad estricta en la interpretación de su texto<sup>50</sup>.

El Tribunal Federal Constitucional ha dejado claro que, por ejemplo, no podrían ser considerados como un siniestro particularmente

<sup>46</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 – 2 BvE 7/11, párr. 109.

<sup>47</sup> BVerfGE 115, 118/147 – Luftsicherheitsgesetz.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 31.

<sup>49</sup> BVerfGE 126, 55/73 – G8-Gipfel Heiligendamm; BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 16.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 16.

grave, en el sentido del artículo 35 de la Ley Fundamental, los peligros para las personas y bienes que derivan de una multitud en una manifestación pública. Un evento de tal naturaleza no podría justificar la intervención de las Fuerzas Armadas, debido a que la aplicación de los artículo 35 y 87a, aparte 4, de la Ley Fundamental, solo es posible bajo las condiciones del artículo 91, aparte 1, esto es, cuando resulte necesario para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*<sup>51</sup>. La intervención de las Fuerzas Armadas, así como la aplicación de medios militares específicos de defensa, solo son admisibles como *ultima ratio*. La cláusula de necesidad del artículo 35, aparte 3 frase 1, permite inferir la subsidiariedad de la intervención de la Federación, en relación con los Estados federados (*Länder*)<sup>52</sup>.

Recientemente el Tribunal Administrativo Federal se pronunció acerca de la intervención de las Fuerzas Armadas en la observación de una manifestación de grandes dimensiones. El 5 de junio de 2007, un avión de combate de la Fuerza Armada, del tipo Tornado, sobrevoló a las 10:30 horas sobre el campamento de los manifestantes, a una altitud de 114 metros. Durante el sobrevuelo se tomaron fotos a través de cámaras colocadas en el avión. Finalmente se transmitieron 19 tomas aéreas a la Dirección de Policía, sobre el campamento y los grupos de personas que allí se encontraban<sup>53</sup>.

El Tribunal estableció que no todo uso de los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas requiere de habilitación constitucional, sino solo aquellos que constituyen una intervención. Las medidas que se limitan a una función de apoyo técnico no se sujetan a las condiciones del Art. 35 de la Ley Fundamental. En todo caso, la configuración de una situación de intervención no se reduce a la aplicación concreta de una medida de coerción, sino cuando

---

<sup>51</sup> *Idem*, párr. 46.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11 – Rn. 48.

<sup>53</sup> Ver: [https://www.youtube.com/watch?v=HHckcoM9\\_G8](https://www.youtube.com/watch?v=HHckcoM9_G8) (Fecha de consulta: 28.11.2019)



los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas son empleadas en su potencial de amenaza y disuasión<sup>54</sup>.

## 2.5 *El delito de coacción a órganos constitucionales*

El § 105 StGB dispone que es punible la coacción antijurídica, con violencia o por medio de amenaza de violencia, a uno de los órganos constitucionales allí indicados, a fin de no ejercer sus competencias o ejercerlas en un determinado sentido.

En criterio de la Corte Federal, para estimar infringido el tipo del § 105 StGB, no es suficiente que el autor aplique o amenace con violencia asociada a una intervención corporal, con el objeto de obligar al órgano constitucional a realizar la conducta exigida. El hecho debe ser analizado en relación con la finalidad de la conducta y en su relación con las personas que resultan afectadas o influenciadas. Por lo que atañe al ámbito de aplicación del § 105 StGB, esto significa que, si el actor pretende ejercer coacción a un órgano constitucional, a través de violencia ejercida, no en forma directa sino contra un tercero y contra cosas, entonces el tipo solo se encuentra realizado cuando la presión que de allí deriva hacia el órgano constitucional, considerando en su conjunto la situación de coacción, resulta idóneo para forzar la voluntad contraria del órgano, en favor de la conducta exigida<sup>55</sup>.

La violencia que resulta idónea para la coacción de un órgano constitucional debe ser determinada en analogía con la noción de violencia en el tipo penal de alta traición. Ello deriva de la especial finalidad protectora y de la función del § 105 StGB, en el sistema del derecho penal de protección del Estado, tal como ha quedado establecido en el origen histórico de la norma<sup>56</sup>.

Los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de alta traición y de coacción de un órgano constitucional se encuentran

<sup>54</sup> BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, Abs. 44; BVerfGE 133, 241/269 – Luftsicherheitsgesetz.

<sup>55</sup> BGHSt 32, 165/169 – Coacción al Gobierno de un Estado.

<sup>56</sup> *Idem*, 170.

vinculados estrechamente. Mientras en la alta traición, la libre determinación del órgano constitucional se anula por completo, incluso temporalmente, la coacción de un órgano constitucional se produce cuando la libre determinación del órgano constitucional se anula en el caso concreto<sup>57</sup>.

El juicio de si un determinado hecho debe ser considerado como violencia en el sentido de un elemento constitutivo de delito, no puede ser realizado simplemente a través de la comparación con un concepto abstracto de la noción de violencia. El proceso debe ser analizado con relación a la finalidad de la conducta que ha sido prevista en la norma y en su relación con la persona o personas que son afectadas o sobre las cuales se procura ejercer influencia. Por tanto, no es suficiente que se ejerza determinada fuerza para superar la resistencia, sino que depende fundamentalmente de la idoneidad específica de esa fuerza en el sentido de la eficacia exigida por la norma<sup>58</sup>.

En criterio de la Corte Federal, incluso en el tipo penal de la coacción general, la idoneidad del medio empleado para la coacción, con la finalidad de inducir a la víctima a actuar de la forma que se ha exigido, no solo constituye un elemento fáctico, sino también un elemento normativo del tipo; tal elemento decae cuando puede esperarse que el afectado se mantenga firme frente a la amenaza. Precisamente, en el caso del tipo penal de coacción en contra de órganos constitucionales colegiados, no se puede dejar de revisar una valoración normativa del medio empleado para la coacción. El efecto coactivo de la violencia o de la amenaza de violencia decae cuando, y en la medida en que pueda y deba esperarse que los órganos constitucionales, a que se refiere el § 105 StGB, en base a su especial obligación frente a la colectividad, no cedan incluso en el ámbito de fuertes conflictos políticos y situaciones de presión. Si el gobierno de un *Land* es coaccionado para que conceda determinada exigencia política, a través de violencia en contra de terceros

---

<sup>57</sup> *Idem*, 170.

<sup>58</sup> BGHSt 23, 46 – Laepple; reiterado en BGHSt 32, 165 – Coacción al Gobierno de un Estado.

o de cosas, entonces tales disturbios solo pueden ser considerados violencia en el sentido del § 105 StGB, cuando la presión alcanza un grado tal que un gobierno, consciente de su responsabilidad, se vería obligado a capitular, frente a las exigencias de los agresores violentos, con el objeto de evitar graves daños a la colectividad o a determinados ciudadanos<sup>59</sup>.

### 3. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

La Constitución Política de Chile contiene ciertas disposiciones que permiten la imposición de importantes sanciones de inhabilitación política por delitos de terrorismo (art. 9); la facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos y de imponer sanciones de inhabilitación política a las personas relacionadas a estos (art. 19 No. 15 inciso 6° – ex art. 8), así como las sanciones de cesación en el cargo de diputados o senadores (art. 60, incisos 4° y 5°). Entre otras, estas disposiciones formaron parte del concepto *democracia protegida*, que tenía la función de mantener fuera del orden jurídico a quienes eran considerados como grupos hostiles con el orden político autocrático<sup>60</sup>.

#### 3.1 *Las inhabilitaciones en caso de terrorismo*

En la actualidad, el artículo 9 de la Constitución ha sido objeto de aplicación en asuntos relacionados con la protesta de comunidades indígenas, que han resultado en el quebrantamiento del orden público o han sido constitutivas de delitos que afectan el derecho de propiedad privada, como son los delitos de incendio y daños<sup>61</sup>. El relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y

<sup>59</sup> BGHSt 32, 165/174 – Coacción al Gobierno de un Estado; OLG Hamm, Beschluss vom 21.05.2013 – 3 RVs 20/13, párr. 38.

<sup>60</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010, 10°; Zúñiga (2012) 15; Zúñiga (2014) 105.

<sup>61</sup> Silva (2017) 52; Villegas (2006) 6; Villegas (2018) 506; Llancaqueo (2007) 264.

las Libertades Fundamentales de los Indígenas también dio cuenta del incremento, en la década de los 2000, de causas penales contra dirigentes de comunidades y organizaciones mapuche<sup>62</sup>.

La respuesta del Estado ha sido percibida por las comunidades y organizaciones indígenas como un proceso de criminalización de su protesta, planteada como una reivindicación agraria justa<sup>63</sup>. Con ello se afectan las libertades de expresión y opinión de los líderes de toda una etnia y se impide el proceso comunicativo que permitiría su participación política en democracia<sup>64</sup>.

El artículo 9 de la Constitución Política establece que los responsables de las conductas terroristas quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser su director o administrador, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

En el caso *Norín Catrimán y otros contra Chile*, la Corte Interamericana constató que la imposición de sanciones de inhabilitación política a dirigentes, miembros o activistas del pueblo Mapuche habría incidido negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión<sup>65</sup>, que podía haber producido un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión<sup>66</sup>. Similares consideraciones fueron empleadas para afirmar la infracción del derecho al sufragio, la participación en la

---

<sup>62</sup> ONU (2003), párr. 31.

<sup>63</sup> *Idem*, párr. 38.

<sup>64</sup> Becker (2015) 131.

<sup>65</sup> Corte IDH *Norín Catrimán y otros contra Chile* de 29 de mayo de 2014, párr. 375.

<sup>66</sup> *Idem*, párr. 376.

dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas de los recurrentes<sup>67</sup>.

En la doctrina nacional se advierte que la legislación antiterrorista debe dirigirse en contra de la conducta ejercida por personas pertenecientes a una organización criminal cuya finalidad sea la de alterar el orden constitucional, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos de un amplio sector de la población. Especialmente, deben quedar excluidos de tal regulación los delitos destinados a brindar protección de la propiedad, por lo menos en aquellos casos en los que no exista afectación o peligro para las personas<sup>68</sup>. También se exige en la doctrina nacional que la conducta sea idónea para imponer a la sociedad, o a una parte de ella, sobre la base del miedo o temor, el sometimiento a las ideas o los propósitos políticos de dicha organización<sup>69</sup>.

En nuestro criterio, una forma de delimitación clara, dirigida a impedir la penalización del ejercicio del derecho de reunión como mecanismo de presión política, deriva del principio de idoneidad, según el cual, la aplicación de delitos contra el orden público estatal no constituye una medida eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, cuando la conducta no hubiera sido capaz de afectar la libre determinación del órgano, esto es, cuando no pueda esperarse razonablemente que con ello se logre arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El concepto de violencia constituye, en estos casos, un elemento que permite la influencia de los derechos fundamentales en juego, por lo que el juez debe hacer uso del margen de apreciación de que dispone en la interpretación de la norma penal, para llegar a un resultado adecuado a la especial importancia de los derechos de reunión y de opinión en una sociedad democrática.

<sup>67</sup> *Idem*, párr. 383.

<sup>68</sup> Villegas (2008) 268.

<sup>69</sup> Villegas (2006) 20; Villegas (2018) 524. Véase también, con abundantes referencias jurisprudenciales, Villegas (2016) 23.

### 3.2 *La inconstitucionalidad de partidos políticos*

El artículo 19 No. 15 inciso 6° permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Sus antecedentes se encuentran en el Decreto Ley No. 77, del 13 de octubre de 1973, así como en el Decreto ley No. 1.552 de 11 de septiembre de 1976, que aprobó el Acta Constitucional No. 3 sobre los Derechos y Deberes Constitucionales. Esta última disponía, en su artículo 11, que «Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido». Esta disposición se encuentra inspirada<sup>70</sup> y redactada en términos similares a los artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La reforma de 1989 permitió corregir algunos de los aspectos más controvertidos de esta disposición<sup>71</sup>.

El Tribunal Constitucional realizó una interpretación teleológica del inciso sexto del artículo 19, No. 15, de la Constitución. Señaló que el sentido y alcance de la norma no puede ser otro que el de sancionar «casos particularmente graves» en que organizaciones políticas atenten seriamente contra los principios de la Constitución<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 46, de 21 de diciembre de 1987, 53°; Zúñiga (2003); Zúñiga (2012); Ribera *et al.* (2009) 38; Nogueira (2005). Véase, también, las exposiciones de Guzmán y Dietze, en Cumplido *et al.* (1989) 19; Videla (2016) 108.

<sup>71</sup> Bruna (1989) 591; Zúñiga (2012) 34.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010, 45°.

## 4. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

### 4.1 *El derecho internacional de los derechos humanos*

En el sistema universal, los Principios de Siracusa establecieron dos requisitos para que se constituya el hecho motivador de la suspensión: «la existencia de una situación excepcional y que esta implique un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación». Este hecho debe afectar a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y, además, debe amenazar la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado, o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos convencionalmente reconocidos. Así, en el punto 40 de los Principios se establece que «el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la Nación no pueden justificar derogaciones». Lo mismo dispone el punto 41 respecto a que «las dificultades económicas no pueden por sí solas justificar las medidas de derogación»<sup>73</sup>.

La Corte IDH ha establecido que los estados de excepción deben ser necesarios para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, necesidad que debe ser objetivamente justificable<sup>74</sup>. Según la Corte Interamericana, el análisis jurídico del artículo 27 de la Convención debe partir de la consideración de que es un precepto concebido solo para situaciones excepcionales<sup>75</sup>.

Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4, es necesario que la situación sea de carácter excepcional y que ponga en peligro la vida de la nación<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Levi (2013) 484.

<sup>74</sup> CIDH: Vásquez Vejarano vs. Perú, 13 de abril de 2000.

<sup>75</sup> *Idem*, párr. 33.

<sup>76</sup> ONU (2001), párr. 2.

La Comisión Interamericana ha recogido algunos criterios mínimos que pueden servir de guía para realizar una delimitación a la discrecionalidad del gobierno de turno para evaluar la situación. La Comisión ha dicho que los hechos motivadores deben ser acontecimientos de extrema gravedad. Así, ha considerado que «la emergencia debe revestir un carácter grave, motivado por una situación excepcional que verdaderamente signifique una amenaza a la vida organizada del Estado». En ese mismo informe se cita a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el cual se requiere una «grave emergencia nacional». Siguiendo con el sistema europeo, también se mencionan los comentarios de la Comisión Europea de Derechos Humanos, según la cual debe tratarse de un «disturbio de importancia, ciertamente mayor que un mero desorden civil; que ese peligro debe ser actual, en el sentido que el daño a la seguridad es inminente y no latente o potencial»<sup>77</sup>.

La Corte IDH ha realizado el control de los argumentos empleados por el Gobierno de Ecuador para ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. Los hechos del mencionado caso se enmarcaron en un contexto en el cual algunas de las principales ciudades del Ecuador se vieron afectadas por graves hechos de delincuencia, lo cual creó un clima de inseguridad y conmoción interna. La Corte cuestionó, en primer término, la falta de fijación de límites espaciales definidos<sup>78</sup>. Luego recordó que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia, «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación», y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común<sup>79</sup>.

La Corte estimó absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios

---

<sup>77</sup> Levi (2013) 483.

<sup>78</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 48.

<sup>79</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 52.



internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Tal como ha señalado ese Tribunal, «los Estados deben limitar al máximo el uso de las Fuerzas Armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales». El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas<sup>80</sup>.

En cuanto a las garantías judiciales indispensables, cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 CIDH, ha señalado la Corte aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud<sup>81</sup>. Entre ellos se encuentran los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo<sup>82</sup> y, según la Comisión, en general, los demás procedimientos judiciales que ordinariamente sean idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos no suspendibles<sup>83</sup>.

De acuerdo con la Observación general No. 29 de la ONU, disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de derechos no susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada<sup>84</sup>.

Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana admiten el control jurisdiccional de los hechos que dieron motivo a

<sup>80</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 51.

<sup>81</sup> Corte IDH OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 29.

<sup>82</sup> Corte IDH: OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 42.

<sup>83</sup> CIDH: Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 51.

<sup>84</sup> ONU (2001).

las medidas de excepción, si bien existe una gran amplitud discrecional para los Estados en las mismas descripciones<sup>85</sup>.

Los actos relativos al estado de emergencia, provenientes normalmente del Ejecutivo, no constituyen «cuestiones políticas» exentas de control por el Poder Judicial nacional. Muy por el contrario, dichos actos, dada su naturaleza, se encuentran especialmente sujetos a revisión por dicho poder<sup>86</sup>.

En 1997, el Comité de Derechos Humanos expresó su profunda preocupación por las propuestas de reforma constitucional en Colombia, destinadas a eliminar las facultades de la Corte Constitucional para revisar la proclamación de un estado de excepción<sup>87</sup>.

#### *4.2 El control judicial de estados de excepción en Colombia*

No podemos dejar de hacer referencia a la técnica de control empleada por la Corte Constitucional de Colombia. Desde su primera decisión sobre el tema, y en forma reiterada, la Corte ha precisado que un estado de excepción solo puede ser declarado si se configura la muy grave y extraordinaria situación de anormalidad que constituye su presupuesto objetivo. Por su parte, el principio de proporcionalidad, expresamente previsto por el artículo 214 superior, ordena que las medidas que se adopten sean «proporcionales a la gravedad de los hechos»<sup>88</sup>.

El control de constitucionalidad de la declaratoria del estado de conmoción interior, como control jurídico y, en consecuencia, objetivo, plantea a la justicia constitucional la necesidad de verificar tres presupuestos: un presupuesto fáctico, un presupuesto valorativo y un juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía. El presupuesto fáctico remite a un juicio objetivo de existencia. El juez constitucional debe determinar si la perturbación del orden público tuvo o no tuvo ocurrencia pues, por tratarse de

---

<sup>85</sup> Levi (2013) 485.

<sup>86</sup> CIDH Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 53.

<sup>87</sup> Comité de Derechos Humanos (1997), párr. 23.

<sup>88</sup> Sentencia C-251/02.

un supuesto fáctico, no hay alternativa distinta a la de haber o no haber ocurrido. El presupuesto valorativo remite a un juicio objetivo de ponderación orientado a determinar si ha existido apreciación arbitraria o error manifiesto en la valoración del presupuesto fáctico que el constituyente confía al presidente de la República. Si bien la Carta otorga al presidente la facultad de valorar el presupuesto fáctico, su ejercicio no puede ser fruto de su más absoluta discrecionalidad, sino que debe ceñirse a la naturaleza del instituto excepcional de cuya declaración se trata y a la razón de ser que le asiste en la estructura y funcionalidad del Estado constitucional. Finalmente, el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía remite a un juicio objetivo de ponderación dirigido a establecer si en la apreciación realizada por el presidente, acerca de la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la crisis, se incurrió en apreciación arbitraria o en error manifiesto. En virtud de este principio, se puede acudir al estado de conmoción interior cuando las herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza con disolver el acuerdo que posibilita la convivencia<sup>89</sup>.

### 4.3 *Los estados de excepción en Chile*

#### 4.3.1 *El alcance del control judicial*

En su versión original, el art. 41 No. 3 inciso 3 de la Constitución Política disponía que «los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades».

Durante la reforma constitucional de 2005, el artículo 45 quedó redactado en los siguientes términos: «los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho

<sup>89</sup> Sentencia C-802/02.

invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda».

Desde el origen de la norma, el control judicial del acto declaratorio del estado de sitio está restringido, en la medida en que esta potestad ha sido vista como un asunto estrictamente político en donde el órgano judicial no puede intervenir<sup>90</sup>. Autores como Castillo y Soto cuestionaron una interpretación estricta de la norma<sup>91</sup>. En criterio de Pfeffer, la restricción del control judicial recae nada más que en la apreciación discrecional por parte de la autoridad del significado o trascendencia del hecho en relación a los valores que están comprendidos en el campo de su específica competencia<sup>92</sup>, pero era necesario regular qué órgano y de qué modo se controlará al presidente de la República cuando declare un estado de excepción constitucional, en el caso que falte alguno de los requisitos formales exigidos en la Constitución o en la ley orgánica constitucional respectiva para ponerlos en vigencia<sup>93</sup>. La interpretación del actual artículo 45 permitiría afirmar que los tribunales podrían ejercer un control para evaluar si las situaciones de excepción que los autorizan afectan o no gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado<sup>94</sup>.

Más aún, en la posición asumida por Silva, si bien la apreciación efectuada por quien dicta la medida no puede ser revisada, ni tampoco el alcance que conceda a las circunstancias de hecho en que ella se asienta, sin embargo, la efectividad del hecho y la realidad de las circunstancias que lo rodean no constituyen una calificación, de modo que tales aspectos deben ser objeto de examen y establecimiento por parte del tribunal<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> Silva (2018).

<sup>91</sup> Jácome (2015) 296.

<sup>92</sup> Pfeffer (2002).

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> Silva (1989) 588.

En criterio de la Corte Suprema, los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción. Se trataría de una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda sometida al control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida<sup>96</sup>. Agregó la Corte que el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole<sup>97</sup>.

Recordemos que el derecho se distingue de otras reglas sociales por el elemento de coercibilidad; se trata de un orden coactivo de la conducta humana<sup>98</sup>. Recientemente, el Tribunal Constitucional español recordó que la impugnación de un acto es solo admisible si puede apreciarse en él la capacidad para producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos<sup>99</sup>. Sin embargo, encontraremos que la regulación constitucional no solo contiene elementos discrecionales, sino que ha establecido importantes elementos normativos que solo tienen sentido si se los interpreta a través de un método jurídico. En ese mismo sentido, es aplicable el criterio de la Corte Interamericana, según el cual los actos relativos al estado de emergencia no constituyen «cuestiones políticas» exentas de control por el Poder Judicial<sup>100</sup>.

Debemos tomar en consideración las modificaciones incorporadas en el artículo 45 durante la reforma constitucional de 2005, en la cual se incorporó, en el artículo 39, como requisito «la afectación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, la afectación grave del normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado». En la doctrina se ha advertido que el estado de excepción solo puede

<sup>96</sup> Campos con Fisco de Chile (2013), 12°.

<sup>97</sup> *Idem*, 13°, con voto en contra del ministro Brito. También en este sentido, Zúñiga (2014a) 518.

<sup>98</sup> Kelsen (1982) 47.

<sup>99</sup> STC 42/2014, de 25 de marzo Fj 2.

<sup>100</sup> CIDH Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 53.

admitirse al servicio de la defensa del Estado democrático, el orden constitucional y los derechos y libertades de las personas<sup>101</sup>, por lo que solo es procedente previa constatación empírica objetiva y demostrable de las existencias de las hipótesis normativas señaladas en la Constitución<sup>102</sup>.

La nueva redacción del artículo 45 deja a salvo «lo dispuesto en el artículo 39». Esta última enumera situaciones de excepción bajo las cuales «puede» ser afectado el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas. Una adecuada interpretación de la reforma de 2005 no puede no advertir la incorporación del elemento valorativo: «cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado». Se trata de un elemento reglado que permite establecer los límites fácticos de la competencia del presidente de la República para declarar los estados de excepción. Por otra parte, el artículo 45 advierte que, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, «siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda».

En nuestro criterio, el intérprete debe ser especialmente cuidadoso en el análisis de las sutiles modificaciones que derivan del complejo debate legislativo, especialmente en una reforma constitucional. No siempre podemos esperar de aquella instancia una declaración inequívoca, pero es claro que el constituyente dejó a la dinámica judicial la posibilidad de dar un tratamiento distinto a la abstención del control judicial, en los casos de protección de derechos individuales. La única alternativa compatible con el estándar de protección establecido en el sistema internacional de derechos humanos es el de permitir el control judicial, incluso de los presupuestos fácticos y valorativos de la declaratoria de un estado de excepción, siempre que sea necesario para la protección de derechos individuales. Es en ese sentido que debe ser interpretado el artículo 45, a la luz de los derechos fundamentales.

---

<sup>101</sup> Mac-Gregor (2013) 998.

<sup>102</sup> Nogueira (2003) 257.

### 4.3.2 *La intervención de las Fuerzas Armadas*

La Corte Suprema ha señalado que, en tiempos de normalidad constitucional, la participación de la autoridad militar se encuentra limitada a la ejecución de las actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinada a ella, sin que pueda, en caso alguno, bajo el amparo de ese texto legal velar por el orden público, función que naturalmente puede importar la afectación del ejercicio de los derechos constitucionales. Tales parámetros resultan conformes al estándar del sistema interamericano, a que hemos hecho referencia anteriormente. Distinta sería la situación, en criterio de la Corte, durante un régimen de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, en el cual la autoridad civil se subordina a la autoridad militar del Jefe de Defensa Nacional que debe nombrar al presidente de la República<sup>103</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto que, en el marco de los mecanismos de defensa de la democracia, la Ley Fundamental de Alemania regula la facultad del Tribunal Federal Constitucional de declarar el abuso del derecho, así como la prohibición de partidos políticos. Establece, además, el deber de fidelidad de los funcionarios públicos y el régimen de estados de excepción. En el derecho penal se establece el delito de coacción a órganos constitucionales. La interpretación y aplicación de tales mecanismos han sido objeto de limitación, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

El artículo 18 de la Ley Fundamental de Alemania faculta al Tribunal Federal Constitucional para declarar la privación en alguno de los derechos fundamentales allí señalados, pero su aplicación solo podría admitirse en «casos extremos», en que se hubiera producido efectivamente un peligro serio y actual al orden fundamental de la democracia liberal, en base a medios idóneos para alcanzar el fin.

<sup>103</sup> Campos con Fisco de Chile (2013), 9°.

Además, la Ley Fundamental de Alemania establece, como mecanismo de protección de la Constitución, la prohibición de partidos políticos. Pero su carácter excepcional supone que solo sería aplicable cuando existan elementos de convicción concretos y relevantes, que indiquen que es, por lo menos posible, que un partido político atente en forma exitosa en contra de los bienes jurídicos protegidos por el art. 21, aparte 2, de la Ley Fundamental.

El deber de fidelidad política exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. Sin embargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas a la luz del derecho fundamental. El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber.

Un estado de excepción se produce en caso de peligro serio para la existencia del Estado o para la seguridad y el orden público, que no pueden ser enfrentados a través de las vías normales establecidas en la Constitución, sino que es solo posible a través de medios excepcionales.

La intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land*, solo es admisible, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones. De igual forma se ha admitido una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas solo pueden intervenir en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente, esto es, cuando resulte necesario para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*.

El delito de coacción a órganos constitucionales, establecido en el § 105 StGB, solo es aplicable cuando la presión hacia el órgano constitucional resulta idónea para forzar la voluntad contraria del órgano, en favor de la conducta exigida.

La Constitución Política de Chile contiene ciertas disposiciones que permiten la imposición de importantes sanciones de



inhabilitación política por delitos de terrorismo (art. 9). En nuestro criterio, la aplicación de delitos contra el orden público estatal no constituye una medida eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, cuando la conducta no hubiera sido capaz de afectar la libre determinación del órgano, esto es, cuando no pueda esperarse razonablemente que con ello se logre arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El artículo 19 No. 15 inciso 6°, el cual permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que solo persigue sancionar «casos particularmente graves», en que organizaciones políticas atenten seriamente contra los principios de la Constitución.

Resulta controvertida la facultad de los órganos jurisdiccionales para ejercer el control judicial del acto declaratorio de los estados de excepción. Estimamos que una adecuada interpretación de la reforma de 2005, a la luz de los derechos fundamentales, debe admitir el control judicial, incluso de los presupuestos fácticos y valorativos de la declaratoria de un estado de excepción, siempre que sea necesario para la protección de derechos individuales.

Finalmente, en cuanto a la intervención de las Fuerzas Armadas, la Corte Suprema ha señalado que, en tiempos de normalidad constitucional, este órgano no puede velar por el orden público.

## ABREVIATURAS

AZ	Aktenzeichen
BGHST	Bundesgerichtshof für Strafsachen
BVERFGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVERWG	Bundesverwaltungsgericht
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht

ONU	Organización de las Naciones Unidas
STGB	Strafgesetzbuch
VGH	Verwaltungsgerichtshof

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Becker Castellaro, Sebastián (2015): «La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile», *Anuario de Derechos Humanos*, (11), pp. 123-133. Disponible en: doi:10.5354/0718-2279.2015.37493 [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Bilbao Ubillos, Juan María (2008): «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *UNED. Revista de Derecho Político*, Nos. 71-72, enero-agosto, pp. 19-56.
- Bruna Contreras, Guillermo (1989): «Reforma sobre derechos políticos» en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (No. 3), pp. 591-598. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649648595> [Fecha de consulta: 02.06.2018].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000): Informe No. 48/00 Caso 11.166 Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Cumplido, Francisco, Guzmán, Jaime y Dietze, Gottfried (1989): «Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos», *Revista de Estudios Públicos* (No. 13), pp. 5-22.
- Garretón M., Manuel Antonio (1991): «La redemocratización política en Chile. Transición, inauguración y evolución», en *Estudios Públicos* (No. 42), pp. 101-133. Disponible en: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184036/rev42\\_garreton.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184036/rev42_garreton.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Hesse, Konrad (1999): *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg, Müller GmbH) 17va Edición.
- González Jácome, Jorge (2015): *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana).
- Kelsen, Hans (1982). *Teoría pura del derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

- Krebs, Walter (2000): „Art. 18«, von Münch/Künig, Grundgesetz-Kommentar, Tomo I, 5ta edición.
- Levi, Daniel (2013): Art. 27. Suspensión de garantías. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino, Regueira, Enrique Alonso (Coord.) (Buenos Aires, La Ley).
- Llancaqueo, Víctor Toledo (2007): «Prima ratio movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007», en Revista OSAL, 8 (22), pp. 235-295. Disponible en: [http://meli.mapuches.org/IMG/pdf/OSAL\\_22\\_2007\\_Chile\\_primaratio.pdf](http://meli.mapuches.org/IMG/pdf/OSAL_22_2007_Chile_primaratio.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013): Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Vivanco Martínez, Ángela (2000): «Pluralismo en la Constitución de 1980», en Revista Chilena de Derecho, (27), 397-413.
- Naciones Unidas (2001): Observación general núm. 29. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4) {§27}. 72º período de sesiones CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 de 31 de agosto de 2001.
- Nogeira Alcalá, Humberto (2003): Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005): «Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales», Ius et Praxis, vol. 11, (No. 2), pp. 15-64. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28149994\\_Aspectos\\_de\\_una\\_Teoria\\_de\\_los\\_Derechos\\_Fundamentales\\_La\\_Delimitacion\\_Regulacion\\_Garantias\\_y\\_Limitaciones\\_de\\_los\\_Derechos\\_Fundamentales](https://www.researchgate.net/publication/28149994_Aspectos_de_una_Teoria_de_los_Derechos_Fundamentales_La_Delimitacion_Regulacion_Garantias_y_Limitaciones_de_los_Derechos_Fundamentales) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- ONU (1997): Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76. (Concluding Observations/Comments).
- Pagenkopf, Martin (2007): Art. 18, en Grundgesetz, Sachs (Coord.), 4ta Edición, C.H. Beck München.
- Paredes, Felipe (2013): «Chile en el sistema interamericano de derechos humanos. Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual», en Bandeira Galindo y otros. (Coords.), Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Disponible en: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.393-416.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.393-416.pdf), p. 396 [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Pegoraro, Lucio (2013): «Para una clasificación «dúctil» de «democracia militante», en Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución, 7, pp. 7-61.

- Pfeffer Urquiaga, Emilio (2002): Estados de excepción constitucional y reforma constitucional. *Ius et Praxis*, 8(1), 223-250.
- Polzer, Powietzka (2000): „Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?», *NZA* 2000.
- Reese-Schäfer, Walter (2017): Politische Ethik unter Realitätsbedingungen: Die Welt von Gewalt, Lügen und Skandalisierungen. 2° edición, Springer-Verlag.
- Ribera Neumann, Teodoro y Villagrán Abarzúa, Marcelo (2009): «60 años de la Constitución de la República Federal de Alemania. Algunas referencias de su influencia en Chile», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, pp. 33-46.
- Schlaich, Klaus y Stefan Koriath (2001): *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 7 Auflage, Verlag C.H. Beck: München.
- Schliesky, Utz (2014): Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Normativität und Schutz der Verfassung*. Isensee u.a (Hrg.) 12, 3 C.F. Müller GmbH.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1989): «Reforma sobre los derechos humanos», *Revista Chilena de Derecho*, 16, 579, p. 588.
- Silva Irrarázaval, Luis Alejandro (2018): «El control judicial de los estados de excepción constitucional: La supremacía del presidente de la República». *Revista chilena de derecho*, 45(1), 81-103. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100081> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Silva, Hernando (2017): «La protesta social mapuche y la respuesta estatal: criminalización y violencia policial», *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile hoy: las amenazas al agua, a la biodiversidad y a la protesta social* (Temuco, Observatorio Ciudadano), pp. 51-69 Disponible en: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2018/05/derechos-de-los-pueblos-indigenas-oc-fhb.pdf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Thiel, Markus (2003): «Zur Einführung: De «wehrhafte Demokratie» als verfassungsrechtliche Grundentscheidung», Thiel (Ed.), *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- Thiel, Markus (2003a): «Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG», Thiel (Ed.), *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung* (Tübingen, Mohr Siebeck).

- Videla Artés, Alexi (2016): «La restricción del pluralismo político en la Constitución chilena: perspectiva crítica», en *Derecho y Humanidades*, (23) Disponible en: doi:10.5354/0719-2517.2014.41526 [Fecha de consulta: 10.06.de 2018].
- Villegas Díaz, Myrna (2008): «Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche». Informe de investigación, concurso de proyectos de investigación aplicada ciencia y tecnología. Santiago. Universidad Central. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6463.pdf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Villegas Díaz, Myrna (2016): «La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno. A propósito de los artefactos explosivos e incendiarios». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, Vol. XLIII, (No. 3), pp. 13-32.
- Villegas Díaz, Myrna (2018): «Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)», en *Polít. crim.* Vol. 13, (No. 25, julio 2018), pp. 501-547. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_25/Vol13N25A13.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A13.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Villegas, Díaz, Myrna (2006): «Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal». *Polít. Crim.* (2, 3), pp. 1-31 Disponible en: [http://politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_3\\_2.pdf](http://politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zippelius, Reinhold y Würtenberger, Thomas (2005): *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch* 31. Auflage (München, C.H. Beck).
- Zúñiga Urbina, Francisco (2003): «Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile», en *Ius et Praxis*, 9(1), pp. 259-279. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100014> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2012): «Principios jurídicos y democracia: de vueltas a la democracia militante», en *Estudios constitucionales*, 10(2), pp. 17-56. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200002> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2014). «El pluralismo. El debate en el momento constitucional de Chile hoy», en *Revista de Derecho Estasiológico. Ideología y Militancia* (Año 2, No. 3). Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-estasiologico/article/download/4194/3639> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2014a). El derecho de excepción y la responsabilidad del Estado: falta de servicio y acto de gobierno. Comentario de la sentencia de casación Rol No. 4029-2013 de la Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2013. *Estudios constitucionales*, 12(1), 503-526, p. 518.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- BGHSt 32, 165 – Coacción al Gobierno de un Estado. Disponible en: <https://dejure.org/ext/c80a9a59197571c83c5a67e464de79b3> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz. Disponible en: <https://dejure.org/ext/f0204aa2bb4970f530062e265dd042f9> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 124, 300 – Homenaje a Rudolf Heß. Disponible en: <https://dejure.org/ext/fef3e69eb9586deed0b601194eeab65f> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 126, 55 – G8-Gipfel Heiligendamm. Disponible en: <https://dejure.org/ext/94e85d064d1abdb939992860e5064168> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 133, 241 – Luftsicherheitsgesetz. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cd71b605538794b9f1c847226cf663fb> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 38, 23 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung. Disponible en: <https://dejure.org/ext/486e3a6f8993078b4db411b43c707fe3> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 39, 334 – Extremistas en la función pública. Disponible en: <https://dejure.org/ext/6a01bbd7623ddfc8034dd5612a0c0aa0> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 7, 198 – Lüth. Disponible en: <https://dejure.org/ext/ba51494c-51c740e361ad71083c6b4843> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Campos Herrera con Fisco de Chile (2013): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013 (indemnización de perjuicios extracontractuales), rol 4029-2013. Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl) [Fecha de consulta 25.07.2018].
- Corte IDH, serie C, n.o 279, de 29 de mayo de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- STC 235/2007, de 7 de noviembre.
- STC 42/2014, de 25 de marzo.
- STC 48/2003, de 12 de marzo.
- Tribunal Constitucional, Rol No. 46, de 21 de diciembre de 1987.
- Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010.
- VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06

- Sentencia C-251/02 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 párrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72.
- BVerfG • 4 de febrero de 2010 • Exp. 1 BvR 369/04. Disponible en: <https://dejure.org/ext/1c1289f6c5dfc91fc44614da4e9327e7> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Sentencia C-802/02. Revisión constitucional del Decreto Legislativo 1837 de 11 de agosto de 2002 «Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior». Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cc76fb65796531c8d7c18426a410299e> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 10.05.1984 – BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157. Disponible en: <https://dejure.org/ext/0c7ce07927d75d6d1c5ae0f04535f4e4> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot. Disponible en: <https://dejure.org/ext/dee58f8faaa0cda2df953f6063ed72b0> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86. Disponible en: <https://dejure.org/ext/6d742dff0a385e8c0bc52ca6a5cd2227> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG Beschluss vom 1. Juni 2006 Az. 1 BvR 150/03. Disponible en: <https://dejure.org/ext/8a024438eb6d476f2ccb6136718420cb> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008. Disponible en: <https://dejure.org/ext/545d25be616e251fd86fcb5cb8d06dcf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09. Disponible en: <https://dejure.org/ext/a2f0708b7cbc57a4628c617bc5c8dda7> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cb0371841f27119084a9505354cb63f5> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cdc952e4aacbc4926d84aaa22aade479> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- OLG Hamm, Beschluss vom 21.05.2013 – 3 RVs 20/13.
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 – 2 BvE 7/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/64e14d415d524f940170cd62bc6dafc4> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13. Disponible en: <https://dejure.org/ext/02c11d15495a503735c0649823a8b6b3> [Fecha de consulta: 28.11.2019].

BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16. Disponible en: <https://dejure.org/ext/0e238285f963420ec02e7423b0da4ab6> [Fecha de consulta: 10.06.2018].

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1. Doc. 18. 8 mayo 1985.

BGHSt 23, 46 – Laepple. Disponible en: <https://dejure.org/ext/11e6f3ad79bc9314ee5593e1c9d775ec> [Fecha de consulta: 10.06.2018].





# EL DERECHO PENAL CHILENO COMO RESPUESTA INADECUADA AL CONFLICTO CULTURAL EN LA ARAUCANÍA

## CHILEAN CRIMINAL LAW AS AN INADEQUATE RESPONSE TO THE CULTURAL CONFLICT IN ARAUCANÍA

*Roberto Navarro Dolmestch\**

### RESUMEN

Este artículo sostiene la tesis que el derecho penal chileno no puede ser considerado una respuesta adecuada al conflicto cultural mapuche, por un déficit democrático que el sistema punitivo presenta. Tal déficit se relaciona con la igualdad y consiste en que el derecho penal chileno responde a una visión hegemónica de la sociedad, desconociendo los intereses y la visión mapuche sobre el mundo y las relaciones.

### PALABRAS CLAVE

Derecho penal, conflicto mapuche, igualdad

---

\* Magíster en Derecho Penal. Profesor asistente de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Chile. Dirección postal: Cinco Poniente No. 1670, Talca. Email: roberto.navarro@uautonoma.cl

## ABSTRACT

This article supports the thesis that Chilean criminal law cannot be considered an adequate response to the Mapuche cultural conflict due to a democratic deficit that the punitive system presents. Such a deficit is related to equality. Chilean criminal law responds only to the hegemonic vision of society, ignoring Mapuche interests and vision about the world and relations.

## KEYWORDS

Criminal law, Mapuche conflict, equality

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende mostrar que recurrir al derecho penal para enfrentar el fenómeno denominado «conflicto mapuche» es una estrategia política inadecuada que debería considerarse jurídicamente vedada, en atención a que conlleva la reiteración de un defecto democrático de que adolece el derecho chileno en la materia. Este consiste en que enfrentar el conflicto a través del derecho penal implica la imposición de los intereses de la cultura chilena dominante, desconociendo la existencia de la cultura minoritaria mapuche, incurriéndose, de esta forma, en una violación a los deberes jurídicos del Estado contenidos en el derecho internacional aplicable. Esta situación se produce, como se analizará, por el desconocimiento o negación absoluta que hace el derecho penal de dicha cultura minoritaria, lo que se traduce en un derecho penal solo desde una mirada, en consideración a los intereses de solo una de las partes en juego.

Ha quedado fuera de los límites de este trabajo un problema diferente que es el de la configuración de un derecho penal indígena,

que, por su extensión y complejidad, desbordaría una presentación como esta<sup>1</sup>; también el problema del delito culturalmente motivado<sup>2</sup>.

## 2. EL CONTEXTO: EL CONFLICTO MAPUCHE

Es necesario partir de la afirmación sobre la existencia del conflicto mapuche<sup>3</sup> para dejar constancia del rechazo de las posturas *negacionistas*<sup>4</sup>.

Estas se apoyan, básicamente, en dos constataciones. La primera se relaciona con una pretendida homogeneidad de la cultura chilena, desconociendo la existencia de culturas prehispánicas minoritarias, es decir, proclamando un supuesto éxito de las políticas asimilacionistas emprendidas por el Estado chileno en el siglo XIX y profundizadas en la siguiente centuria. En esta visión se legitima la posición dominante, y de sus fuerzas, por medio de una especie de derecho a imponer hegemónicamente la cosmovisión triunfadora que tendrían las culturas poderosas respecto de etnias incapaces de producir cambios culturales. Al respecto, escribe Villalobos: «Hay culturas y naciones que han marcado el rumbo de la humanidad,

<sup>1</sup> Sobre este punto hay abundante bibliografía general. Villegas ha sostenido «que el derecho propio mapuche bajo el *Az Mapu* no solo subsiste, sino que cobra vigencia precisamente en aquellas comunidades más afectadas por la respuesta punitiva por parte del Estado para sus demandas territoriales y la consiguiente criminalización de sus miembros» (Villegas [2014] 216).

<sup>2</sup> Entendiendo por tal «un acto por un miembro de una cultura minoritaria, que es considerada un delito por el sistema legal de la cultura dominante. Ese mismo acto dentro del grupo cultural del acusado es, sin embargo, tolerado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado, e incluso, avalado y promovido en la situación de que se trate.» (Van Broeck [2011] 5). En sentido similar, (De Maglie [2012] 68).

<sup>3</sup> En contra de la existencia del conflicto mapuche (Kalileo [2004]), para quien corresponde a una construcción mediática: «Para que haya conflicto, por lo menos tienen que haber dos que pelean. En la denominación «conflicto *mapuche*» se oscurece un término. Se le saca, se le arranca. Porque el conflicto, como todos sabemos es entre el Estado chileno y el pueblo Mapuche y los medios de comunicación lo que han hecho es arrancar el término Estado de Chile. Entonces aparecemos los *mapuche* como conflictivos, aparecen las organizaciones mapuche como conflictivas, aparecemos como individualmente conflictivo.» (331-332).

<sup>4</sup> Faundes (2004) 307-308.

aplastando, dejando de lado o asimilando a las etnias. No hay duda de que es un hecho doloroso, que llega a indignar, pero no hay escapatoria. Los vencedores han hecho la historia. Y esa es la historia en que hay que poner el énfasis, porque al fin y al cabo representa el sentido evolutivo y es la que llega hasta nosotros, explicando una trayectoria continua y exitosa en sus grandes líneas»<sup>5</sup>.

Esta fundamentación, la ejemplifica Villalobos, comparando el enfrentamiento de los galos a los romanos y de la influencia que estos últimos tuvieron en la conformación de Francia: «Considerar como etnia al pueblo romano, que dominó de España a Armenia, de Inglaterra a Egipto, dueño del Mediterráneo, creador del latín y de formas superiores del derecho, forjador de una arquitectura y de un arte de gran influencia, que tuvo figuras como Cicerón, Marco Aurelio, Séneca y tantas otras, sería una enormidad. Pero es indudable que hay que estudiar a los galos, comprender su lucha y su escaso aporte a los orígenes de la Francia, sin constituirlos, ni siquiera en su momento de mayor éxito, en pivote de la historia. Similar es el caso de hispanocriollos y araucanos, en circunstancias mucho más modestas»<sup>6</sup>.

La segunda constatación, sobre la que se pretende apoyar las posturas negacionistas, parte del reconocimiento de la existencia de culturas minoritarias que se resisten al cumplimiento de los deberes jurídicos según los cuales debe garantizarse la autonomía cultural de estos pueblos y promoverse sus referentes identitarios. Para esta postura –que podría calificarse como *reduccionista*–, el conflicto mapuche no es sino un conjunto de reivindicaciones por el dominio

<sup>5</sup> Villalobos (1997) 6.

<sup>6</sup> Villalobos (1997) 7. En otro lugar, el mismo historiador pretende que Chile: «(...) culturalmente es de una homogeneidad enorme. Los chilenos piensan y actúan igual en Arica y en Punta Arenas, todos hablamos castellano, los idiomas de las etnias primitivas están en decadencia absoluta y son una curiosidad. Cuando uno dice que el país es unitario culturalmente y racialmente, lo dice en forma comparativa. Naturalmente que hay algunas diferencias, pero en general es lo mismo. Todos juegan fútbol –para mí es un horror el fútbol, lo hallo de un primitivismo tremendo–, todos conocen las mismas noticias, las mismas músicas. Hay clubes de huasos en Arica y Punta Arenas». Sergio Villalobos. entrevista para diario *El Llanquihue* (15.10.2001), citado por Faundes (2004) 307.

de terrenos de parte de grupos inorgánicos y dispuestos a recurrir a medios violentos para expresarlas e imponerlas. En esta aproximación negacionista-reduccionista, el fenómeno se entiende como unas demandas sociales de grupos postergados y desde la retórica de la pobreza<sup>7</sup>.

Lejos de tales tesis, estimo que es innegable la existencia de un conflicto entre el Estado chileno y el pueblo Mapuche, determinado por la expectativa del poder político (formal) de asimilar las culturas minoritarias, que no es otra cosa que la consolidación del proceso de dominación iniciado con el comienzo de la República, por un lado; y la expectativa de los pueblos originarios a que se respeten sus derechos fundamentales, conforme con los cuales su identidad cultural debe ser promovida y preservada, por el otro.

Este conflicto solo puede comprenderse como complejo, tanto por la persistencia histórica de las demandas que a él subyacen, como por la profundidad de sus reivindicaciones. Estas no se circunscriben tan solo a la pretensión de dominio sobre tierras, sino que al reconocimiento de una cosmovisión propia y originaria, diferente de la dominante, que ha intentado ser impuesta por los conquistadores españoles, primero, y por el Estado chileno, después. Esa cosmovisión consiste en una diferente comprensión de las relaciones entre los sujetos, y de estos con el medio circundante, que discrepa de la comprensión de la cultura dominante. Un punto en el que esas diferencias se hacen especialmente patentes es el de la relación con los recursos naturales y, en especial, con la tierra: para la cultura dominante (capitalista), esta es un bien productivo, fuente de producción de riquezas y, por ende, tiene con ella una relación esencialmente instrumental; para la cultura mapuche, en cambio, la tierra y los demás componentes del medio ambiente tienen un carácter sagrado, lo que marca una especial relación con ellos de carácter metamaterial<sup>8</sup>.

En atención a estas reivindicaciones, la sociedad chilena debe ser considerada *multiétnica* por la existencia de grupos que «consideran

---

<sup>7</sup> Tal como han dado cuenta Foerster y Vergara (2000).

<sup>8</sup> Hualme (2004); Villegas (inv.resp.) (2008).

tener una propia cultura distinta de la de los otros grupos y expresan la voluntad de preservar la propia identidad común, para la cual exigen un reconocimiento oficial recurriendo incluso a acciones colectivas, las cuales toman el nombre de movilizaciones étnicas»<sup>9</sup>. De esta forma, surge el conflicto con un claro sentido multiétnico, que se traduce en una confrontación marcada por el pretendido predominio de la cultura dominante y los esfuerzos de supervivencia de la cultura minoritaria. El conflicto es, entonces, un conflicto *cultural*.

Este conflicto se retrotrae a la llegada de los colonizadores españoles y consiste en una asimetría de expectativas y convicciones, que da cuenta del choque de dos formas de entender el mundo: la occidental-capitalista, por un lado, y la mapuche, por otro. Este conflicto permanente ha pasado por intervalos de mayor o menor exposición pública, determinados por la forma de relacionamiento entre el Corona española o el Estado chileno y el pueblo Mapuche<sup>10</sup>.

En un horizonte temporal cercano, la nueva democracia, inaugurada en 1990, vino a marcar una dimensión novedosa del conflicto mapuche, por la decisión política de profundizar el desarrollo económico basado en el modelo neoliberal. Si durante el siglo xx la reivindicación consistió en la defensa de la reducción, a partir de su última década esta se transforma en una reclamación por territorio que involucra a la tierra, los recursos naturales, la visión sobre el relacionamiento con el medio ambiente y la participación. Este giro involucra también una nueva estrategia: se recurre al *wallmapu*, una forma de organización supracomunitaria propia del estado de conflicto<sup>11</sup>. La actitud del sistema democrático, más preocupado del desarrollo económico que del respeto a la diversidad cultural, se concreta en las acciones del Estado chileno en apoyo a la construcción de la central hidroeléctrica Ralco en la zona de Alto Biobío<sup>12</sup>, que «ilustra cómo la adhesión del gobierno de la Concertación<sup>13</sup> a

<sup>9</sup> Cesareo (2002) 11, citado por De Maglie (2012) 46.

<sup>10</sup> Crow (2013); Villegas y Mella-Seguel (2017).

<sup>11</sup> Toledo (2006) 103-105.

<sup>12</sup> Crow (2013); Villegas (inv. resp.) (2008).

<sup>13</sup> Coalición política de centroizquierda, que gobernó en Chile entre los años 1990 y 2010.

las prioridades económicas neoliberales puso límites a las reformas en política indígena y medioambiental (...). Un análisis del proceso oficial de evaluación de los impactos ambientales y sociales, sin embargo, aclara que la Concertación optó por promover grandes proyectos industriales a expensas de tierras indígenas y de la protección de culturas y del medioambiente»<sup>14</sup>.

El punto central de este conflicto se relaciona, hemos dicho, con diferencias estructurales en la comprensión del mundo circundante: para la cultura chilena (heredera de la europea y fuertemente influenciada por el neoliberalismo impuesto a partir de la segunda mitad de la década de 1970), los recursos naturales tienen importancia en tanto productores de riqueza; para el mapuche, estos son, en cambio, elementos articuladores de la vida a través de una relación sagrada con ellos.

La visión colonizadora logra imponerse sobre la visión mapuche. Pero, a pesar de los esfuerzos de la primera, la última subsiste y pretende aún su aplicación en el mismo espacio físico que la primera. El conflicto se produce cuando ambas visiones coexisten sin que entre ellas haya podido alcanzarse un acuerdo sobre sus ámbitos de aplicación, de modo que la expectativa de la primera a dominar, y a preservarse la segunda, se mantienen. En su historia republicana, Chile no ha hecho esfuerzos por alcanzar algún grado de coexistencia de ambas visiones, es decir, reconociendo el derecho de la minoría étnica a mantener y desarrollar sus referentes culturales e identitarios que la distinguen de los mayoritarios, aunque en el siglo XXI algunos esfuerzos se han hecho, mediados más por las urgencias de los cronogramas electorales que por responder a un consenso social sobre la materia. «Las políticas del Estado chileno hacia el mapuche generalmente han tenido dos objetivos básicos: liberar las tierras ocupadas por las comunidades mapuche para asentamientos coloniales y para la explotación capitalista por propietarios privados no indígenas; y para asimilar el pueblo Mapuche a la cultura chilena, eliminando así su sentido de identidad distintiva»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Haughney (2006) 99.

<sup>15</sup> Haughney (2006) 19.



El Estado tiene el deber jurídico de respetar las identidades culturales minoritarias y de promover su desarrollo, en virtud de un derecho fundamental a la identidad cultural. De este se deriva una prohibición (también jurídica, es decir, coercible) de operar desde el Estado procesos y políticas dirigidas a conseguir una asimilación cultural por medio de la imposición de la cultura dominante y la supresión de la minoritaria, ya sea mediante su eliminación o por su absorción o asimilación. Este derecho fundamental a la identidad cultural en el ordenamiento chileno puede derivarse de disposiciones con valor jurídico, como la contenida en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup> o las del Convenio OIT No. 169<sup>17</sup>. Puede llegarse a su configuración, como lo hace Ferrajoli, también desde una perspectiva universalista, derivándolo directamente de la libertad de conciencia, de la libertad religiosa y de las demás libertades fundamentales<sup>18</sup>. Es lo que Fabietti, siguiendo a Taylor, llama la *dignidad cultural* de la que gozan todas las culturas, incluso las primitivas<sup>19</sup>. Y aunque la expresión es usada por el autor en un contexto de análisis antropológico del concepto de cultura, nada obsta a otorgarle una connotación jurídica a la expresión, para decir con ella que las culturas minoritarias, independiente de su nivel de desarrollo, son (y deben serlo) objeto de protección jurídica.

Un proceso de progresión de la dominación por la cultura mayoritaria es, hoy por hoy, jurídicamente inadmisibile.

<sup>16</sup> Promulgado mediante el Decreto Supremo No. 778 (Diario Oficial de 29.04.1989) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución No. 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.

<sup>17</sup> Promulgado, 19 años después de su adopción, mediante el Decreto Supremo No. 236 (Diario Oficial de 14.10.2008) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que Promulga el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>18</sup> Ferrajoli (2016) 57-ss. A su juicio, «(...) las garantías de los derechos fundamentales, en vez de estar en contraste con el multiculturalismo, son sus únicas tutelas posibles: porque el pluralismo de las culturas es reproducible al infinito, dentro de cada cultura (...) Protegiendo a los más débiles, incluso frente a las culturas en sus manifestaciones dominantes, sirven en efecto para tutelar todas las diferencias (...)» (Ferrajoli [2016] 59).

<sup>19</sup> Fabietti (2002) 52-53.

La asimilación fue la política del Estado de Chile, por medio de la cual se pretendió la imposición al mapuche de la cosmovisión europea-cristiana-capitalista (y, posteriormente, neoliberal) que, durante la transición del siglo XIX al XX se conoció como la *culturalización* del pueblo Mapuche y que ha estado en la base de la construcción de los Estados-nación latinoamericanos<sup>20</sup>.

Esta política de asimilación se vino desarrollando por dos vías: por medio de la imposición por la fuerza de esos cánones culturales mayoritarios, proceso conocido eufemísticamente como la *pacificación de la Araucanía*; y por medio de la imposición de una regulación jurídica capitalista de la propiedad privada sobre la tierra y los recursos naturales, concepto este último ausente en la visión indígena.

La idea dominante sobre el pueblo Mapuche se ha expresado en variadas esferas del conocimiento. Por ejemplo, en el positivismo criminológico de principios del siglo XX, José Medrano, criminólogo boliviano, caracterizaba a los indígenas como un *monstruo humano* en las categorías foucaultianas<sup>21</sup>.

### 3. DÉFICIT DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE UNA RESPUESTA PENAL

Es un punto compartido en la dogmática, tanto chilena como comparada, y haciendo abstracción del proceso de crisis del garantismo, que la protección de bienes jurídicos legitima tanto la existencia de la potestad punitiva estatal, como de su concreto ejercicio (legitima tanto la decisión de creación de delitos, como de la imposición de la pena). Asimismo, la legalidad penal (otro criterio de legitimación) ha llegado a nuestros días como una de las máspreciadas herencias de la Ilustración: solo la ley puede establecer delitos, por cuanto la representatividad del órgano del que emana (congreso o parlamento) da seguridades suficientes de que la decisión de penalización responde a un consenso social que satisface o refleja el completo entramado axiológico que conforma la comunidad.

---

<sup>20</sup> Pantel (2004).

<sup>21</sup> Villegas y Mella-Seguel (2017) 40-ss; Villegas (2014).

Y aunque todo lo anterior es correcto desde una perspectiva teórico-política de los fundamentos del derecho penal, su aterrizaje en un concreto modelo legal –más en el caso chileno– se enfrenta a realidades que producen asimetrías dignas de analizar.

La representatividad de las decisiones penalizadoras es fácticamente verdadera solo si el órgano del que emana la ley es, a su vez, representativo (y de ahí, la primera cuestión que es necesario atender en el sistema jurídico-político chileno); y dicha representatividad será directamente proporcional al grado de hegemonía de la comunidad a la que esas prohibiciones penales se vayan a aplicar. Así, en una comunidad ideal en la que todos sus miembros adhieran a una misma religión, estaría legitimada una fuerte reacción penal a las agresiones a esa creencia religiosa y, también, la ausencia de protección penal a otros credos, distintos del común compartido. Una sociedad así unificada o hegemónica no existe, y la realidad nos obliga a compatibilizar la teoría con la práctica. En efecto, el proceso de discusión de la ley al interior del parlamento debería conferir niveles aceptables de seguridad que la norma penal que describe una conducta como delito, si bien no satisfará completamente a todos los miembros de la comunidad, al menos respetará ciertos márgenes de libertad de las personas y será producto de un consenso.

Sin embargo, si se analiza el derecho penal chileno actualmente vigente, debe concluirse que este no recoge, ni entre sus fundamentos ni entre sus concretas regulaciones, elementos provenientes del indigenismo. Ese derecho penal prescinde de cualquier cosmovisión distinta de la occidental-capitalista y se transforma, de esa manera, en una herramienta de preservación de la cultura dominante.

Las causas de esa prescindencia pueden ser variadas. Una de ellas es la decisión del constituyente chileno de omitir deliberadamente la diversidad cultural presente en el territorio nacional y de optar por una visión unificadora expresada en la idea de la nación chilena<sup>22</sup>. Y aunque esta negación de las diferencias culturales pre-

---

<sup>22</sup> El proceso de conformación de la idea de «nación chilena» se impone como una necesidad de la naciente república independiente. Se recurre a las identidades prehispánicas ancestrales como elementos configuradores de esta identidad nacional como rechazo al pasado colonial español y como elemento de exaltación

sententes entre nosotros puede derivarse del carácter no deliberativo ni democrático de la génesis del texto constitucional, lo cierto es que el ordenamiento infraconstitucional prescinde también, de manera constitucionalmente fundada, de esa diversidad cultural. Otra posible causa de este desconocimiento del derecho penal de las diferencias culturales puede ser los déficits de representatividad del Congreso chileno, derivada de un sistema electoral ideado para la protección de las estructuras impuestas durante la dictadura<sup>23</sup>; otra posible causa es un consenso de la parte dominante del colectivo nacional, en orden a imponer hegemónicamente un conjunto de valores a todos los habitantes del territorio que ha logrado ser impermeable a las diferencias culturales, habida cuenta de una probable infrarrepresentación parlamentaria de los pueblos autóctonos.

Cualquiera sea la causa, lo cierto es que nuestro derecho penal actual está diseñado para proteger una estructura de relaciones basada en la acumulación del capital, a través de la protección acentuada de la propiedad privada y del individuo con prescindencia de su perspectiva colectiva. Así visto el derecho penal, es un claro heredero

---

de lo autóctono. Los historiadores han dado cuenta de un temprano ánimo de inclusión del pueblo Mapuche a la naciente nación chilena, que prontamente mutó a una necesidad de asimilarlo por medio de la imposición de la cultura dominante.

A modo de hipótesis, planteo que esta evolución de inclusión-asimilación puede deberse a dos factores que pudieron haber actuado conjuntamente.

El primero, porque lo que estaba en el ideal inclusionista en los albores de la República obedecía a una concepción que Taylor llama «liberalismo de la dignidad igualitaria» (Taylor [2009] 78).

El segundo, un fin utilitarista decidido por la élite criolla que comandó el proceso de independencia y acaparó el poder político. Dicho fin consistió en la necesidad de estrechar lazos con el pueblo Mapuche para permitir su dominación (Casanova [1999]) y determinada por el interés económico de la oligarquía en los recursos naturales del sur de Chile. En ese momento comienza, probablemente, la triste noche mapuche: «Tal vez acallado por necesidades más próximas de constitución de Estado y formación de un colectivo con identidad nacional, este discurso [de ocupación de la Araucanía] reaparecerá posteriormente en un escenario republicano sólido, con necesidades económicas concretas y una sociedad chilena que se cree homogénea» (Gallardo [2001] 133).

En concreto, el original trato igualitario que los nuevos chilenos pretendían con los mapuche implica la adopción, por estos últimos, de los parámetros culturales de la naciente nación (Gallardo [2001]).

<sup>23</sup> Guzmán Dálbora (2014).

de la conformación jurídica de la sociedad burguesa posilustrada en su versión de los siglos XVIII y XIX, conceptualización que, aunque desfasada en su expresión histórica, fue plasmada en la Constitución a través de la idea de Estado liberal subsidiario<sup>24</sup>.

La prescindencia de las diferencias culturales del legislador penal se reflejan en: (a) la ausencia de instrumentos en la parte general, que permitan restar fundamento a la pena en casos de incompatibilidad entre las concepciones culturales del sujeto activo y la conducta declarada punible; (b) la protección de intereses que tributan únicamente a la concepción mayoritaria, atribuyéndoles una pretensión hegemónica; y (c) la ausencia de protección a intereses así reconocidos por las culturas minoritarias, entendidas estas últimas «no en sentido numérico, sino para designar sociedades completas provistas de una lengua y tradiciones culturales propias, que viven en un territorio ocupado históricamente por ellas, pero que lo perdieron a causa de la supremacía de un Estado foráneo y fueron forzadas a la absorción o asimilación cultural»<sup>25</sup>.

### 3.1 Ausencia de instrumentos desfundamentadores de la pena

El desconocimiento del legislador penal de la existencia de culturas minoritarias tiene como consecuencia la ausencia, en la regulación penal, de instrumentos que le resten fundamento a la pena basados en elementos de diferenciación cultural. Me refiero, por ejemplo, a la ausencia de una regulación del error de prohibición o a la inclusión de causales de justificación o de exculpación basadas en el reconocimiento de las culturas indígenas.

Es cierto que el art. 54 de la Ley No. 19.523 (D.O.: 05.10.1993) que *Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, dispone que «En lo penal [la costumbre] se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una

<sup>24</sup> Sobre el concepto de Estado subsidiario en la Constitución chilena, VV.AA. (2011) 39.

<sup>25</sup> Guzmán Dálbora (2014) 96.

eximente o atenuante de responsabilidad», pero también son ciertas las deficiencias que la doctrina ha denunciado sobre su limitado alcance<sup>26</sup>. Tales restricciones –que la hacen, incluso, incompatibles con los estándares del derecho internacional– obligan a considerar inexistente entre nosotros una regulación que pueda pretender ser efectiva en esta materia.

En este punto cobra relevancia el concepto propuesto por Zaffaroni del *error culturalmente condicionado* que puede conducir a una tentativa inidónea, a un error de tipo o a un error asimilable al error de prohibición, de acuerdo con el cual «[a] sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)»<sup>27</sup>. Y es que un derecho penal respetuoso del carácter personalista, que se deriva de la condición democrática, solo puede legitimar la imposición de la pena si la comprensión del injusto típico y de la subyacente prohibición penal es predicable en el momento de la actuación u omisión relevante del sujeto activo. Aclara Zaffaroni que el error culturalmente condicionado no es siempre un error de prohibición por conciencia disidente<sup>28</sup>, de modo que su aceptación no implica preterir la vigencia del ordenamiento jurídico estatal ante convicciones adoptadas por el sujeto activo. Por el contrario, significa aceptar que la determinación de la responsabilidad penal solo puede efectuarse en la medida que se haya constatado que el sujeto actuante ha aprehendido los cánones culturales que hacen que el derecho espere de él un comportamiento conforme a sus predicados. No opera sobre un sujeto renuente a cumplir la norma, sino que sobre un sujeto que, por su crianza, comparte una norma diferente.

En este aspecto, el desarrollo legislativo chileno presenta un notorio retraso si se le compara con otros del entorno latinoamericano<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Guzmán Dálbora (2014).

<sup>27</sup> Zaffaroni (1999) 200-ss.

<sup>28</sup> Zaffaroni (1999) 201.

<sup>29</sup> Como lo ha demostrado Villegas (2012).

### 3.2 *Protección de intereses hegemónicos*

La tipificación de una conducta implica (o debería implicar), entre otras, dos declaraciones fundamentales. La primera, que el bien jurídico a que dicha conducta se refiere es merecedor de protección penal. La segunda, que la forma concreta de afectación, o puesta en peligro de ese bien jurídico expresada en la conducta descrita en el tipo, es de tal relevancia que amerita su inclusión dentro del catálogo de delitos.

Cuando se ha omitido a las culturas minoritarias de ese proceso de tipificación, debe concluirse, entonces, que la selección de los bienes jurídicos y sus formas de afectación se ha hecho en atención solo a un referente cultural, desconociéndose el otro. En el caso chileno, dicha selección se ha efectuado solo en atención a los parámetros culturales pretendidamente unitarios.

En este sentido, el derecho penal no opera como un instrumento de preservación de la convivencia social, sino como una herramienta de protección y perpetuación de la situación de dominación, desnaturalizándose, de esta forma, el rol protector con una pretensión de igualdad. Lo anterior se manifiesta con especial fuerza en la decisión legislativa de conferirle una protección penal reforzada a la propiedad privada, concepto, este último, ausente en la cultura mapuche.

### 3.3 *Ausencia de protección a bienes jurídicos «minoritarios»*

Por otro lado, la omisión de protección de bienes jurídicos considerados dignos de protección por las culturas minoritarias se presenta también como un déficit de legitimidad del derecho penal chileno y confirma su carácter instrumental solo a los intereses de la cultura dominante. Un ejemplo de esto último es la decisión de sancionar penalmente los atentados a la propiedad por apoderamiento, funcional al rol productivo que, a la tierra (y a los demás recursos naturales), asigna el modelo capitalista. En este modelo se persigue la eficiencia económica que se logra con la obtención del mayor rendimiento posible de tales recursos y, salvo concepciones

que incorporen la sustentabilidad como variable económica, su explotación no considera límites fundados en el mantenimiento de la calidad productiva del suelo y los demás recursos. Pero si se incorporara la cosmovisión mapuche a la protección de la tierra, también debería incluirse la protección penal frente a la explotación no sustentable de los recursos naturales. Dicha forma de comprender el mundo circundante –el uso del suelo, por ejemplo– está sujeta a restricciones que, modernamente comprendidas, tienden a la preservación de su calidad.

Más allá de los ejemplos que pueden darse, el problema jurídico que origina la decisión de omitir la protección de los intereses que las culturas minoritarias consideren merecedores de pena, consiste en la configuración de un sistema penal que solo satisface las expectativas de protección de un sector de la comunidad, pero no las del otro, las de la minoría cultural. Y ello significa, entonces, la construcción de un modelo normativo desigual que, a mediano o largo plazo, termina por desacreditar la confianza por la norma. En otras palabras, que un sistema normativo democrático debe tender al pluralismo jurídico y la negación de este programa produce como consecuencia el debilitamiento de la democracia. El *lonko* Jorge Nahuel lo expresó con especial claridad: «Nosotros decimos que no, que no queremos autoritarismos ni regímenes represivos con uniforme, pero tampoco los queremos vestidos de civil. Esta democracia que hoy nos toca padecer está construida en base a una total negación de la diversidad cultural, en base a una represión de lo que son las culturas originarias»<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

El derecho penal de un Estado es legítimo, entre otros muchos parámetros, cuando plasma un programa de igualdad en la protección que brinda y en la selección de las conductas prohibidas. Esa igualdad se logra cuando ese derecho penal confiere tal protección a intereses que no solo son transversales a la comunidad en su

<sup>30</sup> Nahuel (2004) 206.



conjunto, también cuando incorpora en su contenido intereses minoritarios dignos de protección en función de obligaciones jurídicas, como aquellos que pertenecen a culturas distintas de la dominante con la que coexiste dentro del territorio que le confiere espacialidad al Estado.

En el caso chileno, su derecho penal está lejos de alcanzar un programa de igualdad definida en los términos antes expuestos. Los intereses penalmente protegidos (y de ahí las concretas formas de afectación expresadas en las conductas típicas) y la importancia de esos intereses, obedecen a una visión, de las muchas culturalmente existentes, dentro del Estado chileno.

Por esa razón, mientras el derecho penal no sea igualitariamente construido, debería dejar de pretender constituirse en un mecanismo de solución al conflicto mapuche.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aylwin, José (2004): «La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y al territorio», en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 279-291.
- Casanova, Holdenis (1999): «Entre la ideología y la realidad: la inclusión de los mapuche en la nación chilena (1810-1830)», *Revista de historia indígena*, No. 4, pp. 9-48.
- Crow, Joanna (2013): *The Mapuche in modern Chile. A cultural history* (Gainesville, University Press of Florida).
- De Maglie, Cristina (2012): *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales* (Madrid, Marcial Pons).
- Fabietti, Ugo (2002): *L'identità etnica* (Roma, Carocci editore, 2a ed. [4a reimp.]).
- Faundes, Juan (2004): «El reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile: una propuesta de reforma al Estado», en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 299-314.
- Ferrajoli, Luigi (2016): *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (trad. Perfecto Andrés, Juan Carlos Bayón, Gascón Marina, Luis Prieto y Alfonso Ruiz, Madrid, Trotta).

- Foerster, Rolf y Vergara, Jorge (2000): «Etnia y nación en la lucha por el reconocimiento. Los mapuches en la sociedad chilena», *Estudios atacameños*, No. 19, pp. 11-42.
- Gallardo, Viviana (2001): «Héroes indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: el discurso sobre el indio en la construcción de la identidad nacional», *Revista de historia indígena*, No. 5, pp. 119-134.
- Guzmán Dálbora, José (2014): «Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político», *Revista de derecho penal y criminología*, No. 11, pp. 93-118.
- Haughney, Diane (2006): *Neoliberal economics, democratic transition and Mapuche demands for rights in Chile* (Gainesville, University Press of Florida).
- Hualme, Boris (2004): «El derecho mapuche al *lafkenmapu*», en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 327-330.
- Kalileo, Fernando (2004): «Del reconocimiento a la autonomía: una posibilidad de superar la racionalidad *wigka*» en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 331-335.
- Nahuel, Jorge (2004): «Desafíos mapuche para un nuevo Estado», en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 204-210.
- Pantel, Blaise (2004): «Derechos internacionales y derechos políticos indígenas: el desafío democrático», en Aylwin, José (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de La Frontera), pp. 72-81.
- Taylor, Charles (2009): «La política del reconocimiento», en Gutman, Amy (Dir.) *El multiculturalismo y la «política del reconocimiento»* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica), pp. 53-116.
- Toledo, Víctor (2006): *Pueblo mapuche. Derechos colectivos y territorio: desafíos para la sustentabilidad democrática* (Santiago, Programa Chile sustentable).
- VV.AA. (2011): *Constitutional law in Chile* (Alphen, Kluwer).
- Van Broeck, Jeroen (2011): «Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)», *European journal of crime, Criminal Law and Criminal Justice* 9, No. 1, pp. 1-32.
- Villalobos, Sergio (1997): «El avance de la historia transfronteriza», *Revista de historia indígena*, No. 2, pp. 5-20.

- Villegas (inv.resp.), Myrna (2008): Informe final del proyecto «Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche» (Santiago, sin editor).
- Villegas, Myrna (s/a): «El mapuche como enemigo en el derecho (penal). Consideraciones desde la biopolítica», Instituto de Derecho penal europeo e internacional, pp. 1-20.
- Villegas, Myrna (2012): «Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal», *Revista de Derecho XXV*, No. 2, pp. 177-205.
- Villegas, Myrna (2014): «Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?», *Política criminal* 9, No. 17, pp. 213-247.
- Villegas, Myrna y Mella-Seguel, Eduardo (2017): «Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile» (Santiago, LOM Ediciones).
- Zaffaroni, Eugenio (1999): *Tratado de derecho penal, parte general*. Vol. IV. V vols. (Buenos Aires: Ediar).

CAPÍTULO CUARTO:  
FOMENTO ECONÓMICO,  
SOCIAL Y CULTURAL



# ACTIVIDAD PRODUCTIVA EN LA LEY LAFKENCHE 20.249: ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA REGULACIÓN IMPEDITIVA

## PRODUCTIVE ACTIVITY IN THE LAFKENCHE LAW 20.249: CRITICAL ANALYSIS OF AN IMPEDITIVE REGULATION

*Juan Carlos Cisternas Friz\**

### RESUMEN

El artículo analiza los problemas regulatorios que presenta la Ley 20.249/2008 sobre Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Se observan dificultades en la forma de organizar el territorio de acuerdo con la normativa sectorial del borde costero chileno, la que genera confusiones en los distintos operadores, influyendo negativamente en el sistema productivo. De esta manera, la regulación actual impide el pleno desarrollo armónico de los sujetos, lo que se evidencia con la dictación de normas especiales posteriores, las que, sin referirse a la ley comentada, se muestran más ventajosas e integradoras.

---

\* Abogado; magíster en Derecho, Universidad Austral de Chile; doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: cisternasfriz@gmail.com  
En este trabajo tuvo participación Camila Musante Müller, a quien agradezco sus valiosas observaciones y tiempo.

## PALABRAS CLAVE

Regulación, borde costero, lafkenche, políticas públicas, derecho administrativo

## ABSTRACT

The article analyzes the regulatory problems presented by Law 20.249 / 2008 on the Marine Coastal Area of the Original Peoples (ECMPO). Difficulties are observed in the way of organizing the territory according to the sectoral regulations of the Chilean coastal edge, which generates confusion in the different operators, negatively influencing the productive system. In this way, the current regulation prevents the full harmonic development of the subjects, which is evidenced by the issuance of subsequent special rules, which without referring to the aforementioned law, are more advantageous and inclusive.

## KEYWORDS

Regulation, Coastal Border, Lafkenche, Public Policies, Administrative Law

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Política impone como finalidad básica del Estado la protección de la persona humana, para lo cual deben crearse las condiciones necesarias que aseguren su mayor realización espiritual y material, sin posibilidad de distinción alguna, de manera de conseguir el anhelado bien común. En tal sentido, la Constitución aspira a la realización efectiva de estos valores (artículo 6, inciso 2°), que reconocen como centro de su marco axiológico a personas dignas, libres e iguales (artículo 1, inciso 1°) a cuyo servicio se encuentran todos los órganos del Estado (artículo 1, inciso 4°), los cuales están sujetos al deber de crear dichas condiciones que permitan

la cohesión social bajo la idea de la integración armónica de todos los sectores de la nación<sup>1</sup>.

Tal integración, en el caso particular de la zona costera de Chile, ha quedado supeditada a una política pública no vinculante, radicada fundamentalmente en la Comisión Nacional de Uso del Borde Costero (CNUBC) y en las distintas Comisiones Regionales que actúan de forma descentralizada (CRUBC), cuya labor de planificación e información dista mucho de la realidad y diversidad cultural del litoral chileno. Luego, la facultad del Estado de disponer de los bienes fiscales sigue teniendo como fuente primaria el Decreto Ley 1.939 de 1977 sobre «normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado». Sin embargo, las normas generales que contempla nuestro ordenamiento jurídico referente al dominio público no han sido suficientes para superar problemáticas sociales generadas a partir de necesidades históricas, cuyo es el caso de los pueblos originarios que habitan la zona costera, lo que en virtud del Convenio 169 de la OIT, es inexcusable para el Estado. Así es como, sin embargo, previo a la entrada en vigor del Convenio, se dictó la Ley 20.249 del año 2008, que crea una nueva figura administrativa denominada «Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios», territorio legal distinto del existente, y excluyente.

De esta forma, mediante esta figura jurídica creada por la ley antes mencionada<sup>2</sup>, se ha pretendido reconocer la vida ancestral del pueblo Mapuche lafkenche (gente de mar) con un objeto bien preciso, cual es: reconocer sus actividades consuetudinarias de tipos pesqueras, religiosas, recreativas y medicinales, asegurando la protección de los recursos naturales comprendidos en dichos espacios. Lo anterior por cuanto la Ley General de Pesca y Acuicultura impedía adecuadamente el desarrollo de las actividades ancestrales del pueblo lafkenche en las zonas costeras. Es decir, desde el punto de vista histórico, la regulación encuentra suficiente justificación, no

<sup>1</sup> Cordero Quizacara (2011) 210.

<sup>2</sup> Mediante D.S. 475 de 11 de enero de 1995 se publica la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República. El mensaje de la Ley 20.249 no explicita si tal normativa fue producto precisamente de la PNUBC.



obstante, el presente estudio tiene un enfoque de derecho administrativo económico y de política pública regulatoria<sup>3</sup>.

De la historia de la Ley 20.249 se puede observar la existencia de principios que la informan, destacando el de exclusividad y voluntariedad. El primero, entiende que el único titular de este beneficio es una asociación de comunidades constituida de acuerdo con la Ley 19.253 y, excepcionalmente, una comunidad, que acrediten el uso consuetudinario. Por el segundo se consideró a esta nueva institución administrativa como una opción, *permitiendo el acceso al resto de instituciones de afectación, presentes o futuras, que se contemplen en el ordenamiento jurídico*<sup>4</sup>. Es aquí donde adelantamos un primer asunto que destacar, por cuanto regulaciones especiales como la Ley de Turismo 20.423/10 y la Ley de Caletas Pesqueras Artesanales 21.027/17 han creado figuras de afectación más atractivas, menos engorrosas y, en algunos casos, incompatibles o antinómicas. A ello debe agregarse que, en el caso particular de la Araucanía, el sector de Nígue Sur, comuna de Toltén, fue declarado Zona de Uso Preferente Portuario, mediante Decreto Supremo del año 2006.

Finalmente, la Ley 20.249 ha establecido un engorroso procedimiento, que desde el año 2008 al presente verifica la existencia de solo 81 solicitudes de espacios costeros, sumando aproximadamente 2,5 millones de hectáreas entre la VIII y XII Región, de las cuales nueve cuentan con plan de administración aprobado y cinco han finalizado el proceso de tramitación. Lo anterior da cuenta de una herramienta administrativa pensada en implementar acciones de manejo sustentable de parte de un titular específico, pero cuyo

---

<sup>3</sup> Erradamente se ha dicho que el objetivo de la Ley 20.249 fue asegurar el uso consuetudinario del espacio costero. Sin embargo, de la historia de la ley se desprende, con nitidez, que el objetivo principal consiste en la protección de los recursos naturales que permitieron desde tiempos inmemoriales la subsistencia de los pueblos originarios que habitan la costa chilena. Luego, el uso consuetudinario es más bien un requisito de permisividad administrativa de la solicitud de ECMPO correspondiente.

<sup>4</sup> Historia de la Ley 20.249 5.

procedimiento dista mucho de las reglas generales, sobre accesibilidad, coordinación y economía procedimental<sup>5</sup>.

## 2. FUENTES LEGALES HISTÓRICAS

Antes de la dictación de la Ley Lafkenche, ninguna de las figuras del ordenamiento jurídico vigente asumía las particularidades de la relación entre las comunidades de los pueblos originarios con los recursos costeros, generando dificultades en el acceso de dichas comunidades a los usos consuetudinarios. A partir de ello se creó la figura administrativa denominada Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, con el fin de resguardar el uso que han ejercido desde tiempos inmemoriales.

Tal como señala el mensaje presidencial de la Ley 20.249: «Los mapuche lafkenche, han habitado ancestralmente el territorio del borde costero de la VIII, IX y X regiones. Su modo de relación con dicho medio es integral, lo que ha determinado la configuración de toda su cultura y orden social por siglos. Sin embargo, hasta hoy, esta forma de vida ancestral no ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico chileno»<sup>6</sup>.

Por tanto, la Ley Lafkenche nace en respuesta a instancias tanto de carácter normativo como cultural, teniendo como propósito esencial el generar una salida jurídica a una demanda histórica. Para comprender por qué fue necesario dictar esta ley, debemos revisar las normas que le preceden y que constituyen el contexto histórico-jurídico en el que entró en vigor.

### 2.1 Ley Indígena 19.253

Publicada en el año 1993, constituyó el primer paso en el camino al reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. Lo relevante de esta norma es que reconoce la presencia de etnias

<sup>5</sup> Según se ha dicho, el total de hectáreas destinadas ascendería a 40.892,5. Para tal efecto véase el informe jurídico y estadístico de, Meza-Lopehandía (2018).

<sup>6</sup> Mensaje presidencial Ley 20.249.

en el territorio nacional. En su artículo 12 establece el alcance del concepto de tierras indígenas. Sin embargo, la Ley Indígena no incluye dentro de aquella noción a los bienes nacionales de uso público, como playas, terrenos de playas y, en general, el espacio definido como borde costero, que tiene un uso ancestral –cultural, económico y religioso– por parte de los pueblos originarios del país, en especial las comunidades lafkenches.

## 2.2 *Convenio 169 de la OIT*

Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 y aprobado por el Congreso Nacional de Chile el año 2008, su incidencia en la legislación nacional es de vital relevancia en materia de derechos de pueblos originarios.

En el artículo 13 el Convenio prescribe lo siguiente: «1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera»<sup>7</sup>. Luego, el artículo 15 se destaca por la incidencia que tiene en la materia tratada: «1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida,

---

<sup>7</sup> Convenio 169 de la OIT.

antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

Las normas citadas establecen un concepto de *territorio* de pueblos originarios que abarca la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna manera. Los términos de ese uso pueden ser de diversos caracteres, incluyendo el consuetudinario. Por otra parte, el mandato prescrito en el artículo 13, No. 1, al versar el Convenio sobre derechos humanos y por ende tener rango de norma constitucional, obliga al Estado a adecuar la normativa interna de rango inferior a los preceptos estipulados en el Convenio. Luego, el artículo 15 es claro en orden a cumplir con el imperativo de crear procedimientos para que los pueblos originarios tengan un acceso adecuado a los recursos naturales, o se beneficien de ellos.

### 2.3 *Ley General de Pesca y Acuicultura* 18.892

Publicada en el año 1989, esta ley establece el marco normativo del sector pesquero nacional y tiene por objeto generar un régimen jurídico que indique reglas para este sector, resguardando en forma eficiente la preservación de los recursos hidrobiológicos.

La problemática que surgió con esta ley es que no señalaba la presencia de los pueblos originarios en el sector costero del país. Las disposiciones que afectan al espacio del borde costero, a través de concesiones marítimas, son de carácter general y no observan figuras jurídicas que reconozcan específicamente el derecho de las comunidades lafkenche a los espacios que han utilizado consuetudinariamente.

De la misma forma, la ley establece áreas de manejo y explotación de recursos, las cuales son entregadas a organizaciones de pescadores artesanales con la finalidad de explotar los recursos, conforme a un plan de manejo. Sin embargo, las comunidades solo

acceden a estas áreas en calidad de pescadores artesanales y no propiamente como comunidades indígenas, puesto que la ley no las reconoce, ni tampoco el uso consuetudinario que ejercen sobre el borde costero. En atención a lo anterior, fue necesaria la dictación de una norma que reconociera aquellos usos y que también cumpliera con los estándares internacionales en materia de derechos de pueblos originarios.

### 3. POLÍTICA NACIONAL DEL USO DEL BORDE COSTERO (PNUBC)

Es probable que, en Chile, la diversidad cultural tenga como principal fuente el elemento territorio. Nuestro país cuenta con 6.435 kilómetros de borde marino, el cual ha sido ocupado desde tiempos inmemoriales por diversos pueblos indígenas. Así, de acuerdo con un estudio sobre geografía génica, a la llegada de los conquistadores españoles durante el siglo XVI, el territorio perteneciente actualmente a Chile había sido colonizado por numerosos grupos indígenas descendientes de los primeros americanos. En la zona norte se asentaron, en valles, sierra y altiplano, aymaras, atacameños y diaguitas, mientras que el litoral centro-norte era habitado por los changos, que vivían principalmente de la pesca. En la zona centro-sur se ubicaron picunches, mapuches y huilliches, pueblos agrícolas y ganaderos. En la cordillera central y sur habitaban tribus nómades que vivían de la caza y recolección, destacando los chiquillanes, pehuenches, puelches, poyas y onas. En el litoral higrófilo sur vivían los cuncos y chonos, y entre los archipiélagos, al sur de la península de Brecknock y el canal Beagle, los yámanas, que vivían preferentemente en sus canoas, desarrollando grandes habilidades para la pesca y navegación<sup>8</sup>. Asimismo, el citado estudio génico ha dicho que la distribución geográfica de los genes tiene importancia para entender el origen y la microevolución de las poblaciones humanas. En la actualidad, la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, reconoce legalmente como pueblos originarios a los mapuche, aymara, rapa nui o pascuenses, atacameños, quechuas,

---

<sup>8</sup> Fuentes y otros (2014) 281-282.

collas y diaguita en el norte del país, las comunidades kawashkar o alacalufe y yámana o yagán en los canales australes. Tal reconocimiento implica que el Estado debe respetar, proteger y promover su desarrollo y cultura, adoptando las medidas adecuadas para tales fines, protegiendo la tierra indígena, su explotación y el equilibrio ecológico (art. 1).

Con el antecedente expuesto, la ordenación del territorio nacional costero es un asunto cuya complejidad ha generado regulaciones y políticas públicas que adolecen de falta de integridad o coordinación, saliendo del mandato constitucional básico, que impone a la administración crear las condiciones necesarias para que *todas las personas* puedan alcanzar su mayor realización espiritual y material: el bien común. El problema deriva básicamente de la incapacidad de captación regulatoria de los diferentes intereses legítimos que las personas, indígenas y no indígenas, suelen ejecutar en el territorio costero y, consecuente con ello, la impericia en la distribución y adjudicación del dominio público<sup>9</sup>.

En principio, la regulación del borde costero, considerado como bien nacional de uso público, debiera concentrar su fuente normativa general en una sola institución de la administración del Estado. Sin embargo, la opción elegida fue concentrar una Política Nacional de Uso del Borde Costero, que encuentra su base normativa en el Decreto Supremo 475, de fecha 14 de diciembre de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional (DO. de 11 de enero de 1995). En sus fundamentos, dicha política se formula en base a tres grandes objetivos: *i)* propender a un uso adecuado del borde costero, considerando que se trata de un recurso de claro interés público, pero limitado, y que permite múltiples usos, en algunos casos exclusivos y excluyentes, y, en otros, compatibles entre sí; *ii)* establecer una institucionalidad o marco orgánico que permita el mejor aprovechamiento de los amplios espacios marítimos y terrestres del borde costero del litoral; y *iii)* la conveniencia de establecer mecanismos de coordinación entre

---

<sup>9</sup> Para un acertado conocimiento de la distinción dominio público, bienes fiscales y bienes nacionales de uso público, véase a Cordero Quizacara (2017).

los diversos ministerios y servicios con competencia o participación en este ámbito<sup>10</sup>.

Para su ejecución se creó una instancia centralizada denominada Comisión Nacional de Uso del Borde Costero (CNUBC), a la cual le corresponde «*proponer una zonificación de los diversos espacios que conforman el Borde Costero del Litoral de la República, teniendo en consideración los lineamientos básicos contenidos en la zonificación preliminar elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina*». Asimismo, se crea una instancia regional denominada Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) que, sobre la base de un reglamento de funcionamiento interno, contenido en Oficio Presidencial de fecha 28 de febrero de 2005<sup>11</sup>, se preocupa de realizar la propuesta de zonificación del borde costero. Posteriormente, los antecedentes se envían a la CNUBC, la que elabora un informe que se remitirá al presidente de la República, para dictar el correspondiente decreto supremo. De esta manera, diversas zonas costeras del país han sido objeto de zonificación, siendo declaradas de uso preferente, portuario o turístico, reservadas para determinados usos o calificadas como zonas protegidas<sup>12</sup>.

Cordero apunta una crítica general a esta institucionalidad, que en el caso particular de la Ley 20.249, es relativa. Así, señala: «los órganos que se crean (CNUBC y CRUBC) son entidades de naturaleza estrictamente asesora, pues no disponen de potestades públicas que hayan sido atribuidas por ley. En definitiva, sus acuerdos y propuestas se canalizan a través de las potestades que la Constitución y la ley han otorgado al presidente de la República, al Ministerio de Defensa y la ex Subsecretaría de Marina, actualmente incorporada en la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, hay algunos

<sup>10</sup> Cordero Quinzacara (2011) 233.

<sup>11</sup> En el año 1997 se dictó el Instructivo Presidencial No. 1, que consideró la creación de las CRUBC, sujetas a una resolución del intendente. Durante el mismo año se constituyeron las diversas comisiones a nivel regional y su funcionamiento quedó sujeto a un Oficio del Gabinete del Presidente No. 001, del mismo año. Este fue modificado por el mencionado Oficio Presidencial del 28 de febrero de 2005.

<sup>12</sup> Para una revisión detallada del proceso de zonificación, véase cita 39, en Cordero Quinzacara (2011) 233-234.

casos en donde la zonificación va a ser obligatoria o vinculante. Esto ocurre cuando una norma de rango de ley le confiere expresamente este carácter para determinados efectos o, en su caso, este instrumento es la forma en que el presidente de la República ejerce sus facultades legales. Al efecto podemos mencionar dos casos: *i)* cuando en virtud de normas legales –especialmente contenidas en tratados internacionales– el presidente de la República puede declarar un área marina y costera protegida<sup>13</sup>; y *ii)* cuando la ley expresamente lo ha dispuesto, como ocurre con la Ley No. 18.892: General de Pesca y Acuicultura»<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, todas las personas, sin distinción, deben respetar la normativa general sobre uso del espacio. De esta manera, quedan sujeto a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la cual, en su artículo 55, impone una prohibición respecto del uso fuera de los límites urbanos, la que es plenamente aplicable a la zona costera, por así haberlo resuelto la Contraloría General de la República<sup>15</sup>. Ahora bien, puede ocurrir que la zona costera se encuentre emplazada en un espacio o suelo calificado como urbano, de acuerdo con el plan correspondiente, como ocurre con Puerto Saavedra y Caleta Queule, entre otras, en la IX Región de la Araucanía, y, siendo así, cualquier uso del borde costero deberá corresponder a tales normas generales. A este respecto, el artículo 64 LGUC es concluyente, al disponer: «*en las áreas urbanas, los bienes nacionales de uso público que correspondan a terrenos de playa o riberas de mar, de ríos y de lagos navegables, se usarán en concordancia con lo dispuesto en el Plan Regulador y su Ordenanza Local. Las concesiones que la Dirección del Litoral otorgare sobre ellos requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales respectiva*»<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Es el caso de la Ley 20.249 en comento. También la situación de áreas marinas y costeras protegidas de múltiples usos, la cual forma parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas.

<sup>14</sup> Cordero Quinzacara (2011) 235.

<sup>15</sup> Véanse, entre otros, los dictámenes No. 12.595, de 5 de abril de 2001, y No. 26.753, de 18 de julio de 2001.

<sup>16</sup> Véase el dictamen No. 23.433, de 25 de junio de 2001, de la Contraloría General de la República.



A lo anterior debe agregarse los diferentes instrumentos de planificación territorial (IPT) sectoriales, que permiten asegurar un uso razonable del espacio, en particular el costero<sup>17</sup>. Sin duda, el proceso de zonificación del borde costero es complejo, teniendo presente la enorme diversidad que cohabita en el sector. Sin embargo, las dificultades identificadas no pueden en caso alguno ser oponibles a las personas, debiendo el legislador y la administración, ordenar eficazmente los usos del espacio costero, urbano y rural, de forma integrada, y apegada a la realidad cultural de cada sector, sujeto, individuo o comunidad. Si bien, la PNUBC constituye una instancia política observadora del acontecer nacional costero, su rol no vinculante limita la actividad de zonificación, impidiendo una correcta optimización de los usos, lo que en el plano local se podría ejecutar de mejor forma.

Anteriormente señalamos que la ordenación del territorio costero responde al cumplimiento del mandato constitucional base, sobre igualdad de oportunidades en materia de desarrollo material e inmaterial, en atención a la diversidad génica del país. Pero ¿por qué es importante la regulación del territorio y en particular la zona costera? Desde el punto de vista de una eficaz política pública, la correcta regulación tenderá a un mejor desarrollo y convivencia, mejorando, en efecto, la calidad de vida de las personas. La Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983 define este concepto como: «la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según una estrategia global»<sup>18</sup>. En nuestro país, sin embargo, tal función pareciera estar radicada legalmente (la PNUBC se encuentre regulada solo por un decreto supremo) en la Ley de Gobierno y Administración Regional, la que de forma muy escueta dispone, en su artículo 17 letra a), que

<sup>17</sup> Para un estudio sistemático de los diversos IPT véase Cordero Quinzacara (2011) 232; Rajevic Mosler (2001) 81-100; y Cordero Quinzacara (2011) 269-298.

<sup>18</sup> Cordero Quinzacara (2011) 213.

corresponderá al gobierno regional «*establecer políticas y objetivos para el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos en la región, con las desagregaciones territoriales correspondientes*». Un ejemplo claro es la declaración de Costa Araucanía como zona de rezago<sup>19</sup>.

En lo que respecta a los pueblos originarios vinculados al mar, nuestro legislador dispuso del dominio fiscal, en términos de ceder el uso mediante un instrumento administrativo creado en virtud de la Ley 20.249 sobre Espacio Costero de los Pueblos Originarios, para de esa forma crear un bien nacional de uso público exclusivo. La creación de dicha ley da cuenta, en primer lugar, del mandato constitucional del artículo 1, y, en segundo lugar, el claro imperativo de la Ley 19.253. Lo anterior es relevante por cuanto, a la fecha de su dictación, aún no entraba en vigor el Convenio 169 de la OIT, que en esta materia obliga al Estado a crear las condiciones de acceso de los pueblos originarios a sus recursos naturales (art. 15). Luego, es importante destacar la motivación del legislador al haber identificado una necesidad pública y un interés legítimo o histórico, del pueblo perteneciente al mar (lafkenche), y en virtud de tal interés crear las condiciones para su realización, tanto material como espiritual. Ya no se trata de una regulación meramente administrativa de la zona específica; es, como se ha señalado públicamente, una reivindicación histórica a través de una ley especial.

Adelantando un poco en el análisis, pero evitando colisionar, referente a la aplicación de esta ley a la comunidad lafkenche, una interpretación estricta entendería una regulación ideada para un sector determinado de la zona costera, cual es precisamente donde habitaron y habita la comunidad lafkenche<sup>20</sup>. Sin embargo, la Ley

<sup>19</sup> Algunos gobiernos regionales han tratado de regular esta materia a partir de reglamentos, conforme la facultad que les confiere el artículo 20 letra a) de la misma ley. Sin embargo, la Contraloría General de la República ha sido categórica en señalar que no es posible crear por la vía reglamentaria un instrumento de ordenación territorial distinto a los previstos por la ley. En Cordero (2011) 218.

<sup>20</sup> El pueblo lafkenche se define como la gente perteneciente al mar, su esencia entiende que el mar es parte de su ser, de su cosmovisión, y que, sin esta vinculación y pertenencia, se deja de ser mapuche-lafkenche, es decir, se pierde todo el sentido

20.249 no hace distinción alguna, limitándose a indicar que los beneficiarios de la disposición del dominio público son los pueblos originarios, y como ya se ha dicho, estos habitaron el largo territorio nacional desde tiempos inmemoriales. Luego, en el afán regulatorio de las diversas realidades que convergen en un mismo sector, nuestro legislador no fue claro, ni menos acertado, desatendiendo un elemento fundamental con el que se inició este capítulo, esto es, el aspecto génico del territorio que determina la microevolución, en este caso, del pueblo lafkenche. Pasemos ahora a revisar los principales problemas de la regulación actual.

#### 4. REGULACIÓN LEGAL DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA ZONA COSTERA. ¿CONFLICTO NORMATIVO INTERNO?

Actualmente en la zona costera<sup>21</sup> de Chile existe una confusa regulación respecto de diversas actividades productivas, generando

---

histórico espiritual de su identidad. Su territorio, desde mediados del siglo xvi, se extendió entre los ríos Biobío y Calle Calle, comprendiendo los asentamientos de Arauco, Tucapel, Tirúa, Bajo Imperial, Budi y Toltén, y las islas Santa María y Mocha. En la actualidad, la Identidad Territorial Lafkenche permanece dentro de los márgenes señalados, extendiéndose entre las regiones del Biobío y de la Araucanía, sumándose las comunidades huilliches, ubicadas principalmente en el borde costero de las provincias de Valdivia, Osorno, Llanquihue, Chiloé y Palena, en las regiones de Los Ríos y Los Lagos. Según la Asociación Indígena Lafkenche de la Araucanía, hasta el momento se ha reconocido la existencia de 14 territorios a lo largo de la zona de identidad lafkenche, contabilizando cerca de 300 comunidades indígenas y más de 7.000 familias entre el Golfo de Arauco y Maiquillahue, en la desembocadura del río Lingue, Provincia de Valdivia. Asociación Indígena Lafkenche de la Araucanía (2006).

<sup>21</sup> ¿Es correcto hablar de borde costero simplemente, o de zona costera? En virtud de los alcances de la ley 20.249, en cuanto a los usos a desarrollar pareciera que el concepto de zona costera es más apropiado. ¿Qué dice la legislación? El Decreto Supremo 476, de 1994, del Ministerio de Defensa Nacional, define el concepto de borde costero del litoral como: «*aquella franja del territorio que comprende los terrenos de playas fiscales, la playa, las bahías, golfos, estrechos y canales interiores, y el mar territorial de la República*». Por su parte, el Código Civil chileno se aparta de esta definición. También se ha definido a la zona costera de la siguiente forma «(...) corresponde a una entidad espacial con características propias, vinculadas a la interacción de procesos situados en la interface entre la geósfera, atmósfera e hidrósfera, condición que le otorga

muchas veces superposición de normas. Así, en el caso especial de la Araucanía, el 2 de febrero del año 2006 se dictó el Decreto Supremo No. 417, por el cual se declara a la zona costera de Nigue Sur, comuna de Tolén, como de Uso Preferente Portuario. De esta manera, mediante la resolución (T.R.) D.R.C. No. 058 del 23 de diciembre 1998, la Dirección de Obras Portuarias de la VII, VIII y IX Región y el Gobierno Regional de la IX Región de la Araucanía, aceptaron la propuesta presentada por un consultor técnico para la ejecución del estudio «Análisis localización de un puerto comercial en la IX Región». Las conclusiones del estudio señalado permitieron a las autoridades de la IX Región de la Araucanía, al Consejo Regional del Gobierno Regional, a la Comisión de Puerto y a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, determinar que el sector costero denominado Nihue (Nigue), posee las condiciones para desarrollar un puerto comercial. En cuanto a la extensión del uso, el decreto establece que se reserva en esta zona los sectores de playa, fondos de mar y porciones de agua, identificados en la carta No. 6.000 del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada y en el plano No. 1/1 de septiembre/2003, de la Intendencia Regional, Región de la Araucanía. No obstante, el mismo decreto previene que «la reserva decretada para esta área *no obsta al desarrollo de actividades y proyectos alternativos compatibles* con la estructuración de núcleos portuarios y de terminales marítimos de transferencia de carga, tendientes a lograr un desarrollo armónico del territorio y a *optimizar el uso de los bienes nacionales de uso público* que conforman el borde costero del sector Punta Nihue (Nigue)».

Posteriormente, el año 2008, se dictó la Ley 20.249, objeto del presente estudio, a través de la cual se reconocería el uso consuetudinario o ancestral del pueblo indígena que habita la zona costera del país, mediante la celebración de un convenio de uso, sujeto a

---

características ambientales de fragilidad y vulnerabilidad y, por otra parte, porque por naturaleza esta zona constituye un espacio muy atractivo para diversas actividades humanas (urbanas, industriales, turísticas, de transporte, agrícolas, acuícolas, pesqueras y otras actividades extractivas), lo que produce la concurrencia de múltiples usos y con frecuencia la generación de conflictos territoriales. Andrade, Arenas y Guijon (2008) 227.

un plan de administración de la zona asignada, y de un plan de manejo, para el caso de extracción de recursos hidrobiológicos. De esta manera, la mencionada ley también establece un uso preferente, pero sin la prevención antes descrita, en orden a compatibilizar los diversos intereses productivos de la zona costera, todo lo contrario. De acuerdo al artículo 10<sup>22</sup>, ante presentaciones incompatibles (concesiones acuícolas, por ejemplo), para otros fines sobre el mismo espacio costero, toda solicitud de actividad productiva de particulares o indígenas se suspenderá, hasta que Conadi emita el informe sobre calificación de uso consuetudinario, según el procedimiento establecido por la misma Ley 20.249. Lo anterior, sin embargo, deja a salvo las destinaciones o concesiones de uso que ya estuvieran autorizadas.

Además de lo anterior, la disposición del artículo 10 de la ley en comento podría generar cierta incompatibilidad y la ineficacia de regulaciones especiales, tales como la Ley de Caletas Pesqueras Artesanales 21.027/17, calificada como una *unidad productiva, económica, social y cultural*, o la Ley de Turismo 20.423/10, que permite declarar zonas de interés turístico para fomentar la inversión pública y privada. Las leyes recién mencionadas, benefician tanto a particulares como a la propia comunidad lafkenche, incluso en mayor medida. Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley 21.027 faculta al

---

<sup>22</sup> Art. 10. Criterios de decisión entre solicitudes incompatibles. En caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por la Conadi o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra. En caso de que el informe de la Conadi no dé cuenta del uso consuetudinario y se hubiere rechazado el recurso de reclamación respectivo, se comunicará esta circunstancia en la forma dispuesta en el artículo 8º, inciso cuarto. Las comunidades indígenas tendrán el plazo de tres meses para manifestar su intención de solicitar como espacio costero marino de pueblos originarios el mismo o un sector que se sobreponga a aquel. Vencido el plazo sin que se hubiere solicitado el sector por alguna comunidad, la o las solicitudes que se hubieren suspendido, continuarán su tramitación hasta su término. En caso de que el informe de la Conadi dé cuenta del uso consuetudinario, se deberá preferir la solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios, sin perjuicio que el titular de la solicitud rechazada pueda ser considerado como usuario en el plan de administración, previo acuerdo con la asociación de comunidades solicitantes o comunidad, según corresponda.

Ministerio de Bienes Nacionales para transferir en dominio (plena propiedad) terrenos fiscales aledaños a las destinaciones, en favor de los pescadores artesanales, «siempre que estos no se encuentren situados dentro de la faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa del litoral y *cuya ocupación no haya sido regularizada mediante otro cuerpo legal*». Esto no deja de ser relevante si consideramos que la Ley 20.249 pretendió proteger, en primer orden, la actividad pesquera del pueblo lafkenche. Por su parte, el artículo 17 de la Ley 20.423 establece: «Las Zonas de Interés Turístico tendrán *carácter prioritario* para la ejecución de programas y proyectos públicos de fomento al desarrollo de esta actividad, como asimismo para la asignación de recursos destinados a obras de infraestructura y equipamiento necesarios». Luego, el artículo 18 de la misma ley agrega: «solo se podrán desarrollar actividades turísticas en Áreas Silvestres Protegidas de propiedad del Estado cuando sean compatibles con su objeto de protección, debiendo asegurarse la diversidad biológica, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental». Con todo, lo que debe destacarse en materia de turismo indígena es la actividad de fomento que la administración privilegia para las zonas de interés, lo que no ocurre en la ley de ECMPO.

Con lo antes mencionado, cabe a lo menos preguntarse lo siguiente: ¿significa entonces que la zona costera de Nigue, comuna de Toltén, reservada para uso preferente portuario, no puede ser objeto de Espacio Costero Marino de Pueblos Indígenas? ¿Una solicitud de destinación por Ley 21.027, sobre caletas artesanales, es incompatible con la Ley 20.249, cuando el uso es requerido por indígenas?<sup>23</sup>. ¿Significa entonces que, de acuerdo con la Ley 20.249, se impediría declarar zona de interés turístico el área costera marina

---

<sup>23</sup> El mensaje de la Ley 21.027 señala lo siguiente: «La existencia de un marco normativo adecuado, con reglas expeditas y claras para los actores que intervienen tanto en la actividad pesquera propiamente tal como para aquellos terceros que regularmente hacen uso y goce de estos espacios, tenderá a crear un ámbito de emprendimiento para una parte importante del sector productivo nacional, hoy alejado de acceso al crédito o de ampliar las actividades económicas propias del borde costero».

declarada como de uso preferente *lafkenche*? El asunto no deja de ser relevante en términos de asegurar la debida integración, convivencia y cohesión social que el Estado debe garantizar a todos los sectores del borde costero, sobre todo porque si bien la Ley 20.249 identificó una necesidad latente, no pudo, sin embargo, conciliar los valores antes mencionados. Por su parte, legislaciones posteriores han guardado silencio, dejando entrever incluso una derogación tácita de la ley en estudio, al menos respecto de la actividad pesquera<sup>24</sup>.

Lo anterior pareciera configurar una verdadera antinomia jurídica<sup>25</sup>, apartándose de una referencia normativa común, cual es el Decreto Ley 1.939, de 1977, sobre «normas de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado», que tuvo por objeto la creación de un *sistema racional, unitario y coherente de disposiciones* que se adapten a las actuales orientaciones del rol del Estado, y que puedan aplicarse armónicamente junto a las normas sobre regionalización del país, permitiendo una eficiente administración de los bienes del Estado. Al parecer, el legislador posterior se apartó distantemente de este ideal coherente, contradiciendo principios básicos del derecho administrativo. Asimismo, el legislador tutelar de la Ley 20.249 fue incapaz de prever las dificultades que presentaría su aplicación y la ejecución de las herramientas administrativas que contempló.

## 5. LA DESTINACIÓN DEL USO DEL BORDE COSTERO. PRESENCIA DE ALGUNOS PROBLEMAS EN EL PROCEDIMIENTO

### 5.1 *Los diversos actos administrativos de la Ley 20.249*

Ciertamente que el conflicto normativo antes identificado desemboca directo en la eficacia del procedimiento administrativo por el cual se justifica la disposición del dominio público costero. La doctrina ha sido clara y prácticamente unánime en calificar al

---

<sup>24</sup> Este problema puede abordarse en un trabajo diferente. En todo caso, véase Henríquez Viñas (2017) 307-328.

<sup>25</sup> Sobre antinomias jurídicas véase Henríquez Viñas (2013), pp. 459-476.

procedimiento creado por la ley EMCPO como engorroso, en tanto que dificulta el acceso a la destinación del espacio costero marino e impide la ejecución de otras actividades legitimadas por intereses propiamente indígenas. De esta forma, para identificar los principales problemas del procedimiento, revisaremos cada uno de sus actos trámite, hasta su total tramitación, comparándolo con la regulación de la Ley 21.027 del año 2017. Luego, al finalizar, destacaremos los problemas de mayor intensidad.

1. *Inicio del procedimiento. La solicitud.* Para acceder a dicho beneficio (el uso exclusivo de la zona costera) una asociación de comunidades indígenas o excepcionalmente una comunidad, deberá presentar ante la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura una solicitud indicando los fundamentos que justifiquen el uso consuetudinario y los usos específicos que pretenden ser incorporados en un plan de administración, que deberá adjuntarse con posterioridad. En el caso de la ley de Caletas Pesqueras Artesanales es la propia administración, a través de Sernapesca Regional, quien solicita la destinación y mantiene contacto directo con los interesados (artículo 2). Lo anterior confirma una regla esencial del procedimiento administrativo, cual es el principio de celeridad o impulso oficial, consagrado en el artículo 7° de la Ley 19.880 LBPA<sup>26</sup>. Por dicho principio se impone a las autoridades y funcionarios de la administración del Estado una actuación proactiva en todos los trámites del procedimiento, removiendo todo obstáculo que pudiera afectar a su pronta y debida decisión, acarreado, incluso, responsabilidades administrativas ante su incumplimiento<sup>27</sup>.

2. *Admisibilidad.* Presentada la solicitud, dentro del plazo de dos meses, la Subsecretaría verificará, además de los requisitos formales, si la petición se sobrepone, o no, a concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo, otorgadas a titulares distintos

<sup>26</sup> Así también manda el artículo 8° de la Ley 18.575 sobre base de los órganos de la administración del Estado.

<sup>27</sup> Sobre el principio de celeridad o impulso oficial, véanse los Dictamen No. 51.666/2015, No. 43.112/2012, No. 79.178/2010, No. 61.070/2010, No. 19.404/2010, No. 29.179/2009, No. 53.114/2008, No. 27.815/2008, No. 4.197/2008, No. 3.027/2007, entre otros.



del solicitante, debiendo rechazarse la petición de espacio costero cuando exista una sobreposición total y absoluta. En caso de que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios. Respecto de otras actividades distintas a la acuicultura, la ley nada dice en esta parte, sin perjuicio de la regla genérica del artículo 10, que ya revisaremos. Ahora bien, si la sobreposición es parcial, se propondrá modificaciones al solicitante, el cual tiene 30 días hábiles para aceptar la propuesta bajo apercibimiento de decretarse el abandono del procedimiento<sup>28</sup>.

3. *Participación ciudadana e informe de Conadi*. Cumplida la etapa de admisibilidad, la ley establece que la Conadi deberá emitir un informe dentro del plazo de un mes, mediante el cual se acredite el uso consuetudinario, como requisito esencial de la destinación. Dentro del mismo plazo, Conadi debe someter a consulta de las comunidades próximas al espacio costero pretendido, e informar a la comunidad regional, mediante avisos, con el objeto de que dichas comunidades puedan asociarse o adherirse, o bien participar como usuarias del plan de administración (artículo 8 inciso 6° Ley 20.249). Aquí se evidencia otro problema: ¿cómo puede haber participación ciudadana respecto de un plan de administración que solo será presentado en la etapa de término del procedimiento? En todo caso, tal como se ha dicho, debe reconocerse que la Ley 20.249 del año 2008 en esta parte innovó, por cuanto solo con posterioridad entró en vigor el Convenio 169 de la OIT, lo que ocurrió en septiembre de 2009<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Art. 5 Decreto Supremo No. 134/2009 Reglamento Ley 20.249. «En caso que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero solicitado, limitado al espacio sobre el cual no exista sobreposición. En este caso la peticionaria tendrá el plazo de 30 días hábiles para aceptar la propuesta de la Subsecretaría bajo el apercibimiento de declarar abandonado el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la ley No. 19.880».

<sup>29</sup> Este instrumento contiene una obligación específica de consulta previa indígena frente a toda medida administrativa que pueda afectar a los pueblos indígenas, y establece parámetros para su ejecución, lo que podrían implicar plazos más extensos que los indicados en la Ley. Conforme al Decreto Supremo No. 66 de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, que reglamenta la consulta previa indígena, esta tiene cinco etapas (planificación, entrega de información y

4. *Intervención discrecional de la CRUBC.* Recibidos los antecedentes por la Subsecretaría de Pesca, esta deberá someter el establecimiento del Espacio Costero Marino a la Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC), la que deberá pronunciarse dentro del plazo de un mes, mediante resolución fundada, pudiendo aprobar, rechazar<sup>30</sup> o bien proponer modificaciones fundadas *al espacio costero marino solicitado*, las que serán consideradas por la Subsecretaría para solicitar su destinación.

La CRUBC es un órgano eminentemente político cuya capacidad técnica es cuestionable. Pese a ya habernos referido a esta institucionalidad, es criticable la facultad de proponer modificaciones a la solicitud de ECMPO, al carecer de una base legal que determine elementos científicos que legitimen una propuesta de esa naturaleza, desbordando así en una discrecionalidad no controlada. Desde la óptica judicial, la Corte Suprema ha declarado la arbitrariedad de la decisión de rechazo de una ECMPO cuando ha sido «fundada en antecedentes no previstos en la Ley No. 20.249», subrayando que dicho cuerpo legal los regularía pormenorizadamente, aunque no ha señalado cuáles serían dichos elementos. Así, en causa Rol

---

difusión, deliberación interna, diálogo y deliberación). La convocatoria por sí misma ocupa un plazo no inferior a 20 días y cada etapa tiene un máximo de 20 días hábiles (artículos 15, 16 y 17).

<sup>30</sup> En una oportunidad se rechazó una solicitud de ECMPO. El caso es el siguiente: Se trata de la ECMPO Rilon Kawin-Kaynel, solicitada por Eric Vargas Quinchaman, alegando su calidad de autoridad ancestral del Pueblo Nación Mapuche Williche en representación del Ngulan Rilon Kawin. La resolución que declara la inadmisibilidad alude a que no se estaría actuando en representación de una comunidad formalmente constituida, pero también apunta a que su calidad de autoridad ancestral mapuche williche no estaría debidamente respaldada (Resolución No. 2995/2017 Subpesca, disponible en: <http://bcn.cl/258wr>). Cabe tener presente que esta solicitud causó conmoción entre los distintos actores de la región, incluyendo al representante indígenas en la CRUBC, debido a sus dimensiones, que cubrían todo el Golfo de Reloncaví (Binder, N. 2017, septiembre 30. Ley Lafkenche: el conflicto que inquieta a la acuicultura. *El Llanquihue* de Puerto Montt. Visión Acuícola: pp. 8-14). Actualmente está en tramitación una solicitud similar (Isla Marimelli), debidamente patrocinada por comunidades legales (Schnaidt, E. 2018, mayo 4. Valoraron la solicitud de espacio costero en Estuario de Reloncaví. *El Llanquihue* de Puerto Montt, p. 7).

7544-2012<sup>31</sup> (considerando 6°), se sostuvo: *«Que como se observa, en la sesión de la Comisión Regional de Borde Costero llevada a cabo el día 19 de junio del presente año, en la que se procede a resolver el recurso de reclamación de la recurrente, se exponen solo dos antecedentes que se estiman relevantes por parte del Secretario Técnico, cuales son la carta enviada por el Director de Obras de la Municipalidad de Quellón y el Oficio Ordinario del SEREMI de Vivienda y Urbanismo, documentos que dan cuenta de que se encuentra en estudio la modificación del Plan Regulador de la Comuna de Quellón, el que contemplaría la expansión del límite urbano de dicha comuna incluyendo sectores que son parte de la solicitud de espacio costero presentada por la comunidad recurrente. En base a estos antecedentes se presenta una propuesta por parte del Secretario Técnico, la que finalmente se somete a votación. La comisión vota y rechaza parcialmente la reclamación presentada, fundada en antecedentes no previstos en la Ley No. 20.249, cuerpo legal que regula pormenorizadamente los antecedentes que se deben tener en cuenta al momento de pronunciarse sobre una solicitud de Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios, y es sobre la base de esos elementos que se debe emitir el pronunciamiento por parte de los miembros de la comisión. Por otro lado, la Comisión no solo se funda en elementos que no forman parte de los antecedentes que están llamados a ponderar, sino que además estos tienen el carácter de eventuales, por cuanto se señala por las autoridades que se encuentra en estudio la modificación del Plan Regulador, el que puede ampliar el límite urbano de la ciudad incluyendo los sectores solicitados por la recurrente. Invocan un hecho futuro, incierto, cual es la futura modificación del mismo; no señalan de forma alguna que este se haya modificado, cuestión que podría considerarse como un elemento fáctico susceptible de ser valorado al momento de pronunciarse la Comisión. Se aleja así la recurrida del respeto al principio*

---

<sup>31</sup> Ramón Chiguay Carcamo, Rep. Comunidad Mapuche Huilliche Folil Trincao de Quellón con Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) de Región Los Lagos (2012): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012 (recurso de apelación). Disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].

*de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y recogido normativamente en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional No. 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, el que impone a los órganos de la Administración actuar con apego estricto a lo establecido en la Constitución y las leyes».*

Por su parte, la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en causa sobre recurso de protección Rol 196-2010<sup>32</sup> (considerando 5°), ha considerado que la CRUBC está legitimada para verificar que el informe de Conadi cumpla con los requisitos reglamentarios, en particular la «identificación y análisis de los antecedentes que acreditan el uso consuetudinario», y para considerar la oposición de otras comunidades indígenas del sector respecto de la veracidad de dicho uso. Finalmente, la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique, en causa sobre recurso de protección Rol 81-2017<sup>33</sup>, ha ido más allá, validando un rechazo fundado en la alegada incompatibilidad de la solicitud con Zonificación del Uso del Borde Costero de la región respectiva, dando a entender que la autorización de la ECMPO se enmarca plenamente en la misión institucional del CRUBC, esto es, la coordinación de la aplicación de la política de uso del borde costero.

Con todo, teniendo presente el carácter consultivo y no vinculante de la CRUBC, cuestión que Contraloría ha despejado reiteradamente, cabe preguntarse ante la excesiva institucionalidad que interviene en la tramitación de una solicitud de ECMPO, si es justificable la competencia otorgada por la Ley 20.249 a este órgano político. Desde el punto de vista del procedimiento administrativo y

<sup>32</sup> Ana Sonia Alvarado Subiabre, por sí y como presidenta de la Comunidad Indígena Altue, con presidenta de la Comisión Regional de Uso de Borde Costero, Intendente Regional Sr. Sebastián Montes (2010): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 21 de septiembre de 2010 (recurso de protección). Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].

<sup>33</sup> Comunidad Indígena Pu Wapi, con Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la Región de Aysén (2017): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de agosto de 2017 (recurso de protección). Disponible en [http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=60&CRR\\_IdTramite=19650253&CRR\\_IdDocumento=17636017](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=60&CRR_IdTramite=19650253&CRR_IdDocumento=17636017). [Fecha de consulta: 29.09.2018].

sus principios fundamentales la respuesta debiera ser negativa, y así pareció entenderlo nuestro legislador cuando dictó la Ley de Caletas Pesqueras Artesanales, la cual interviniendo el mismo territorio (e, incluso, su actividad principal), pudiendo tener el mismo titular, no exige la intervención de la autoridad política regional, radicando la tramitación de la concesión en Sernapesca.

5. *La destinación. Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Marina.* De acuerdo con el artículo 9, corresponde al Ministerio de Defensa Nacional entregar en destinación a la Subsecretaría de Pesca el espacio costero marino, en un plazo de cuatro meses, mediante el Decreto correspondiente.

6. *El plan de administración y el convenio de uso.* Posterior a la destinación, el asignatario deberá presentar dentro del plazo de un año un plan de administración, el cual deberá contener los requisitos del artículo 11 de la Ley 20.249 y su reglamento. El plan de administración deberá ser aprobado por una comisión intersectorial dentro del plazo de dos meses. Aprobado que sea, la Subsecretaría deberá suscribir el convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria en el plazo de un mes, contado desde dicha aprobación.

Queda claro entonces que el procedimiento ideado por la Ley 20.249 no es para nada breve, que existen instituciones técnicas y políticas que intervienen, presentando serios problemas en cuanto a la seguridad de las actividades productivas desarrolladas en el borde costero. De esta manera podemos destacar los siguientes problemas.

## 5.2 *Multiplidad de competencias*

Como se puede apreciar, desde el momento en que se presenta la solicitud de uso han intervenido a lo menos cuatro instituciones del Estado, además de las comunidades en consulta y los particulares que decidan participar en el procedimiento<sup>34</sup>, lo que evidentemente

---

<sup>34</sup> La ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, permite la intervención de la ciudadanía en la promoción del interés general, en diversas materias, entre las cuales se encuentra el medio ambiente.

retarda el acto administrativo final. En algunos casos se han deducido recursos de protección, sin agotar la vía administrativa previa, en contra de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, en circunstancias que el artículo 9° de la Ley 20.249 dispone que el órgano competente para conceder la destinación de uso del espacio costero marino es la Subsecretaría de Pesca, dependiente del Ministerio de Defensa Nacional. Ahora, en el caso de la ley de caletas pesqueras artesanales, el legislador entendió por fin que todo procedimiento administrativo debe cumplir con principios básicos, como el de celeridad y economía, concentrando la competencia para conocer y resolver el beneficio en un órgano regional, cual es, Sernapesca. Así, ya en el mensaje de la Ley 21.027 se anunciaba: «se propone crear un marco normativo para el establecimiento y asignación de caletas pesqueras artesanales a nivel nacional, *a través de un procedimiento ágil y expedito* que permitirá que organizaciones de pescadores artesanales puedan potenciar de manera armónica e integral el desarrollo de estos espacios, actualmente sin un régimen especial que las regule».

Esta multiplicidad de competencia, o más bien falta de claridad, como se adelantaba, trae como consecuencia una incertidumbre jurídica y económica en los operadores o interesados, en términos de saber a ciencia cierta dónde presentarse o recurrir. Así, por ejemplo, la Excm. Corte Suprema, en causa de protección Rol No. 44.037-2016<sup>35</sup>, rechazó la acción de protección por entender que la comunidad recurrente debió dirigirse a la nueva institucionalidad ambiental, que en materia jurisdiccional se encuentra amparada en la Ley 20.600<sup>36</sup>. Por otra parte, en una sentencia dictada el año 2019, la Excm. Corte señaló: «Por lo demás, no obstante que el Estado de Chile ejecuta sus funciones a través de distintos órganos,

<sup>35</sup> Comunidad Pepiukelen con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos (2016): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016 (recurso de protección). Disponible en [https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_4734/suprema/documentos/docCausaSuprema.php](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_4734/suprema/documentos/docCausaSuprema.php). [Fecha de consulta: 29.09.2018].

<sup>36</sup> Valga en todo caso hacer referencia al voto en contra del ministro Muñoz, quien estuvo por acoger la acción constitucional sobre la base del Convenio 169 y el principio de fundamentación del acto administrativo (ver voto en contra, considerando 8 y 9).

es uno solo, por lo que debe haber un esfuerzo serio de coordinación entre las distintas instituciones, especialmente cuando todas ellas están ubicadas en una misma región y manejan semejantes recursos, debiendo actuar mancomunadamente con el fin de no perjudicar a las personas, a cuyo servicio se encuentra el Estado conforme a lo preceptuado en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República»<sup>37</sup>.

### 5.3 *Solicitudes incompatibles*

Desde el punto de vista del concepto de cohesión social o integración de los diversos intereses productivos en la zona costera, el problema presentado ahora es de la mayor importancia. La lógica regulatoria supone que la Ley 20.249 quiso beneficiar y proteger a un sector de la población históricamente desplazado, imponiendo reglas que limitan actividades de usos incompatibles, lo que, a la luz del Convenio 169, encuentra legitimidad internacional. Sin embargo, como se ha venido presentando en este trabajo, el legislador no imaginó que la misma comunidad lafkenche, apartándose de la figura ECMPO, decidiera someterse a los beneficios de regulaciones especiales como la ley de turismo y/o ley de caletas pesqueras artesanales. Incluso, desde el punto de vista productivo, al menos en la Novena Región de la Araucanía, pareciera que a estas alturas nada puede ser incompatible. El Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a crear las condiciones para que, en un contexto jurídico igualitario, todas las personas puedan alcanzar íntegramente su pleno desarrollo material y espiritual.

Veamos ahora cómo presenta la Ley 20.249 esta materia. Si bien la ley regula, en el artículo 10, una hipótesis genérica de solicitudes de afectación del mismo espacio costero para otros fines<sup>38</sup>, también indica que dichas solicitudes *deberán suspenderse* hasta que Conadi

---

<sup>37</sup> Corte Suprema, rol 31.594-2018.

<sup>38</sup> Concesiones marítimas o de acuicultura: salmonicultura, mitilicultura, interés turístico, etcétera.

emita el informe del uso consuetudinario<sup>39</sup>, o hasta que se agoten los recursos administrativos correspondientes. Es decir, el efecto suspensivo se produce en los inicios de ambos procedimientos, lo que, desde el punto de vista productivo, ha traído consecuencias negativas. Asimismo, el problema se produce cuando la solicitud de afectación incompatible, o su renovación, depende de una actuación de Conadi, pero no del organismo competente para resolver la petición de ECMPO, sin que se haya tenido en cuenta un sistema de prelación que permita, a los distintos interesados, obrar con certeza, en virtud de las inversiones que se pudiera haber realizado con anterioridad, vulnerando con ello derechos de propiedad y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Así, por ejemplo, en el caso Terminal San José Calbuco y Terminal Carga General Cabo Froward, se realizó una inversión de USD \$ 20.000.000 en habilitación de un nuevo muelle de recepción de graneles líquidos, para mejorar la productividad del San José, por cuanto presentaba alta congestión<sup>40</sup>. ¿Qué ocurrió? Se produjo la suspensión de la renovación por aplicación de la Ley Lafkenche. Según se ha dicho, hasta el año 2017, a nivel país, 43 solicitudes estarían paralizadas por ECMPO<sup>41</sup>. El desarrollo productivo no puede quedar supeditado a un procedimiento a todas luces contrario a derecho, pues el legislador debió establecer un mecanismo de compensaciones para aquellas actividades particulares que, durante el transcurso de una solicitud ECMPO (cinco años promedio), puedan legítimamente realizar, de lo contrario (ocurre actualmente) ninguna de dichas actividades podría llevarse a cabo en el tiempo intermedio. Una política pública económica efectiva no puede generar este tipo de impedimentos. Así también parece entenderse recientemente desde el seno mismo parlamentario: «el informe de Conadi no implica la concesión de la ECMPO, pareciera que la tramitación de la solicitud de terceros podría continuar, pero no puede ser adjudicada, sino hasta que termine la tramitación de

<sup>39</sup> Contraloría General de la República se ha pronunciado señalando que, en conformidad a la ley, la suspensión se alzará una vez que Conadi emita el informe favorable sobre el uso consuetudinario» (Dictamen No. 44.800 de 2017).

<sup>40</sup> Toledo (2017) f.

<sup>41</sup> Meza-Lopehandía (2018) 1.



aquella. Si es favorable, la solicitud del tercero debe desecharse. Si es desfavorable, aquella puede continuar»<sup>42</sup>.

Pese a todo, la Ley ECMPO pareciera tener mayor consideración con la actividad acuícola, por cuanto al momento de la admisibilidad dispone expresamente que la solicitud de espacio costero deberá ser rechazada cuando se sobreponga totalmente a concesiones de acuicultura<sup>43</sup>, lo que no resulta coherente con la idea de integración armónica de todos los sectores. La pregunta que corresponde reiterar es: ¿puede convivir una solicitud de zona de interés turístico, o una solicitud de caleta pesquera, con un espacio costero marino de pueblos originarios? Lejos de querer plantear algún tipo de conflictividad o preferencia, la interrogante apunta directamente a aquellas solicitudes que pudieran presentar personas o comunidades de la misma etnia, y que, de acuerdo con la legislación vigente, resultaría más ventajosa o rentable.

Algunos han planteado que una solución se encuentra dada por la integración en el plan de administración que permite el artículo 10, la que, desde nuestro punto de vista, más allá de las buenas intenciones, no resulta eficaz, al depender exclusivamente de la comunidad titular. Así, en defensa de esta posición se ha indicado: «cabe recordar que la constitución de la ECMPO no supone la exclusión de toda actividad económica en su área, sino que estas pueden ser incluidas en el plan de administración con la aprobación de las comunidades titulares de aquella. Así lo ha subrayado la comunidad Lakfen Mapu de la región de Los Ríos frente a los cuestionamientos de las organizaciones de pescadores artesanales arriba reseñados, indicando que su el ECMPO «también va en directo beneficio de los pescadores artesanales, [pues] nuestra intención jamás ha sido negarles su derecho, por el contrario, pretendemos trabajar en conjunto

<sup>42</sup> Meza-Lopehandía (2018) 8. 8

<sup>43</sup> Conforme a los dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR), la presentación de la solicitud no afecta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental pues este no constituiría una solicitud de afectación del borde costero, pero sí alcanzaría a los procesos de renovación de concesiones marítimas. Dictámenes No. 71.968 de 2012, No. 17.203 de 2013, No. 18.895 de 2017. Dictamen No. 56.030 de 2011.

pues entendemos que todo habitante también tiene derecho al uso y el deber de cuidarlo. Por otro lado la mayoría de los pescadores son de origen mapuche, por lo tanto el conflicto creemos es artificial»<sup>44</sup>.

Con todo, los criterios de decisión ante solicitudes del mismo espacio son limitados y poco prolijos, pudiendo incluso perjudicar a comunidades que habitan en el sector y que deseen desarrollar otro tipo de actividades legítimas.

#### 5.4 Oportunidad del plan de administración

Cabe recordar que, solo una vez producida la destinación de espacio costero marino, el titular debe presentar un plan de administración, dentro del plazo de un año (pudiendo pedir prórroga hasta por dos meses), el que deberá comprender los usos y las actividades que serán desarrolladas en él. La falta, o extemporaneidad, de la presentación del referido plan será una causal de término de la destinación. Posteriormente, dicho plan de administración deberá ser aprobado por una Comisión Intersectorial en el plazo de dos meses. Aprobado el plan de administración por la Comisión, los antecedentes volverán a la Subsecretaría, para finalmente suscribir el *convenio de uso* y, así, recién comenzar a operar.

Por tanto, puede ocurrir que, celebrado el convenio de uso, agotando el extenso procedimiento (cinco años en promedio), aquel quede sin efecto por el simple hecho de omitir o no presentar el plan de administración, generando eventualmente un perjuicio de tiempo y recursos para aquellos proyectos suspendidos. Entre tanto, volviendo a la crítica presentada: ¿qué ocurre con las actividades que se están desarrollando por otras comunidades o por particulares? De acuerdo con lo señalado, de existir solicitudes concurrentes e incompatibles, toda actividad productiva podría ser suspendida desde el informe positivo de Conadi, aun cuando la ley habla solamente de suspender la tramitación del acto administrativo.

En el caso de la ley de caletas pesqueras, su mensaje anunciaba: «con el fin de ejercer un debido control de los derechos y obligaciones

<sup>44</sup> El Naveghable (2017, enero 10).

entregados a los asignatarios, se propone que los solicitantes presenten *previamente* un Plan de Administración, que servirá de marco para aquellas labores que pretendan desarrollar en la caleta, y que deberá ser aprobado por una Comisión Intersectorial, integrada por los organismos vinculados a los usos y actividades que se pretendan realizar en ella». De esta manera, surge otro argumento para modificar la Ley 20.249, evitando los problemas descritos.

### 5.5 La extensión del ECMPO

El otro problema asociado dice relación con el *área de administración del uso*, la que finalmente queda entregada a la absoluta discrecionalidad de la autoridad, al no existir criterios definidos en la Ley o en el Reglamento, limitándose a señalar que «estará determinada por la superficie necesaria para asegurar el ejercicio del uso consuetudinario» (artículo 4 y artículo 9). Así, por ejemplo, el último Convenio de uso que la Subpesca suscribió (a la fecha de este trabajo), fue el 25 de julio de 2018, en la comuna de Río Negro, sector caleta Cóndor, donde se destinaron 2.550 hectáreas de borde costero, en beneficio de 40 familias, lo que evidentemente no parece razonable. «En todo caso, las áreas susceptibles de ser entregadas como ECMPO, son aquellas que se encuentren bajo la supervigilancia y administración de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, de conformidad a la normativa sobre concesiones marítimas. De acuerdo al DFL No. 340 de 1960 del Ministerio de Hacienda, esto corresponde a toda la costa y mar territorial de la República y de los ríos y lagos que son navegables por buques de más de 100 toneladas, además de las playas y terrenos de playas fiscales de un faja de 80 metros de ancho contados desde las más altas mareas»<sup>45</sup>. De esta manera, quizás el único límite que reconoce la ley dice relación con la intangibilidad de los derechos de terceros previamente constituidos.

---

<sup>45</sup> Meza-Lopehandía (2018) 6.

## 5.6 Resolución de conflictos

En primer lugar, la Ley 20.249 establece el carácter indefinido del Convenio. No obstante, regula formas de poner término a la destinación o convenio de uso, por diversas causales y un procedimiento de reclamación, pero sin la suficiente claridad, de modo de asegurar un proceso racional y justo, sin contemplar criterios responsivos, dependiendo de la gravedad de la causal. Así, la ley en su artículo 13 establece que la destinación terminará por las siguientes causales: (i) incumplimiento negligente del plan de manejo que tenga efectos graves en la conservación de los recursos hidrobiológicos; (ii) disolución de las organizaciones asignatarias; (iii) sanciones reiteradas por contravenir el plan de administración o impedir el libre tránsito en el área; (iv) renuncia.

Luego, ante conflictos de los integrantes de la comunidad o asociación de comunidades, o cuando se declare la terminación del Convenio, la ley entrega competencia, en última instancia, a la Justicia Ordinaria, a través del juicio sumario, cuando la lógica permite entender que toda cuestión relativa a incumplimientos del plan de administración o su terminación debiera ser resuelta por la autoridad sectorial correspondiente, tal como ocurre en la Ley 21.027 sobre caletas pesqueras.

Al respecto, cabe anotar que la terminación del convenio de uso sobre las causales que describe la ley dice relación, en lo medular, con la correcta administración del plan y sus usos. Sin embargo, la ley no establece con claridad quién se encuentra legitimado para pedir la terminación. Por otro lado, un defecto que se evidencia es la capacidad técnica del titular para observar y cumplir el contenido del plan, en atención a la normativa sectorial referida al correcto uso de los recursos naturales. En efecto, un uso inadecuado de los recursos naturales, sin observar los planes de manejo, tratándose de actividades de tipo extractivas hidrobiológicas, perjudica la actividad productiva de forma sustentable.

Por su parte, desde el punto de vista de la potestad sancionadora del Estado, las dificultades regulatorias son claras, pues se oponen al debido proceso administrativo. Al respecto, cabe destacar lo dicho

por la doctrina: «nuestra legislación establece una pluralidad de instrumentos que nos permiten ordenar las actividades humanas dentro de este espacio constituido por la zona costera. Sin embargo, debemos tener presente que en la zona costera convergen diversas autoridades, cada una dotadas de competencias de las más diversas naturalezas. En efecto, así a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR) le corresponde ejercer funciones de policía administrativa o, como habitualmente se le denomina, policía marítima, vinculada a la protección de medio ambiente acuático, el control e inspección de actividades profesionales y recreativas que se realicen en dicho ámbito, prestar los servicios de señalización, búsqueda y salvamento marítimo, etcétera. Además, las municipalidades de las comunas costeras ejercen las competencias que le son propias, especialmente en lo que dice relación con la regulación del uso del suelo y el ejercicio de la policía urbana. A lo anterior se agregan competencias de carácter sectorial, como ocurre con el Servicio Nacional de Aduanas y la Autoridad Sanitaria, además de las facultades que le corresponden a la Subsecretaría de Pesca (Subpesca) y al Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca), sin dejar de mencionar las funciones que le puedan corresponder a los gobiernos regionales y a algunos ministerios. En definitiva, nos encontramos ante una pluralidad de autoridades y competencias, que se ejercen respecto de un mismo ámbito espacial»<sup>46</sup>.

En cuanto a las faltas administrativas, el artículo 15 inciso final de la Ley 20.249 dispone: «las infracciones serán cursadas por la Autoridad Marítima o por el Servicio Nacional de Pesca, según corresponda y serán aplicadas de conformidad con el párrafo 2° del Título IX de la Ley General de Pesca y Acuicultura». De esta forma, al menos la ley aclara a qué órgano de la administración del Estado le corresponde perseguir la responsabilidad infraccional, estableciendo una competencia acumulativa. Luego, sin embargo, la ley en estudio dispone un sistema infraccional donde la potestad disciplinaria se encuentra limitada por figuras genéricas, como aquella tipificada en el artículo 15 letra b), al señalar «serán sancionados de la misma forma

---

<sup>46</sup> Cordero (2011) 227-228.

los usuarios que, sin ser integrantes de la comunidad o asociación de comunidades asignataria, *lo contravengan en cualquier forma*».

## 6. CONCLUSIONES

1. El Estado se encuentra obligado por valores fundamentales relacionados con la persona humana, en atención a su diversidad y territorio. Lo anterior implica que deben crearse todas las condiciones necesarias que aseguren igualitariamente la integración de todos los sectores de una sociedad, con el fin de obtener el pleno desarrollo material y espiritual posible.
2. Sin embargo, los postulados ideales antes mencionados, lejos de cumplirse en la realidad, encuentran limitaciones ante la ineficacia normativa que regula el sector costero. Así, el aporte de la Política Nacional de Uso del Borde Costero es más bien escaso, contribuyendo a plantear dificultades y confusiones de procedimiento. Pese a lo anterior, se logró dictar la Ley 20.249 que reconoce un espacio costero al pueblo lafkenche, históricamente desplazado, y la Ley 21.027 sobre caletas pesqueras artesanales, la que, pese a originarse en la misma administración de gobierno, se apartó completamente de la primera, en términos de eficacia y respeto del procedimiento administrativo.
3. La Ley 20.249, creada hace más de 10 años, permanece inalterable en los mismos términos desde su publicación, pese a la entrada en vigor de leyes tendientes a regular el mismo territorio, debido a la verificación de realidades sociales emergentes, impactando en su eficacia, generando en algunos casos pérdida de inversiones significativas.
4. La Ley 20.249 crea un sistema administrativo donde el uso del bien público queda radicado exclusivamente en el titular, es decir, se trataría de un bien nacional de uso público exclusivo.
5. La Ley 20.249 presenta serios problemas relacionados con las inversiones de particulares, las que quedan en suspenso hasta la terminación del procedimiento de ECMPO, vulnerando

derechos de propiedad y libre actividad productiva, sin posibilidad de compensación. Una política pública integral debería entender que mientras se diligencia la solicitud de uso, los particulares se encuentran habilitados para ejercer libremente sus actividades económicas y, como cautela, contemplarse un sistema de reparaciones, en uno y otro caso.

6. Asimismo, la Ley 20.249 se opone injustificadamente a principios fundamentales del procedimiento administrativo. El plan de administración de uso debiera presentarse al momento de formular la solicitud de espacio costero, en beneficio del interesado y de todos aquellos peticionarios concurrentes. Por otro lado, la intervención de diversas instituciones del Estado –de un mismo sector–, la falta de claridad en el procedimiento, el exceso de trámites, la inoportunidad de otros y la extensión de los plazos, limitan el acceso de la ciudadanía, indígena y no indígena, a la actividad productiva, perjudicando a sectores legitimados por intereses ambientales, turísticos y pesqueros. Una modificación legislativa del procedimiento, en orden a hacerlo más expedito, guardaría coherencia con lo dispuesto en el artículo 7°, 9° y 37 bis de la Ley 19.880, del año 2003 (LBPA), que consagran el principio de celeridad, economía procedimental y de coordinación<sup>47</sup>.
7. De esta manera, urgen cambios en la Ley 20.249 que aseguren una sana convivencia de los distintos sectores productivos del borde costero, permitiendo que indígenas, comunidades y particulares con otros intereses productivos, desarrollen sus actividades conforme a un marco regulatorio claro, coordinado y actualizado, teniendo siempre presente la protección de los recursos naturales, de modo de hacer efectiva una política pública integral, que hasta el momento genera más incertidumbre que certezas.

---

<sup>47</sup> Cuando la ley genera este tipo de incertidumbres, da cuenta de *vicios infralegislativos*, de leyes débiles e impeditivas, que perfectamente pueden ser subsanados, con una adecuada regulación legislativa, que armonice en la especie todos los usos presentes y futuros.

8. Finalmente, cabe concluir que con la dictación de las leyes 20.249, 20.423, 21.027 y demás normativa sectorial, nuestro legislador abandonó notablemente el principio de coordinación consagrado en la Ley 18.575 y en la Ley 19.880, que el Decreto 1.939, del año 77, ya propugnaba. Lo anterior confirma la falta de rigurosidad en el quehacer legislativo, produciéndose *vicios infralegislativos*, superposición de normas, limitando el acceso de una parte de la población y, en el caso particular de la Araucanía, obstruyendo el desarrollo y fomento productivo en la zona costera.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alcalde Silva, Jaime (2014): «De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce», *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 22, pp. 299-313.
- Andrade, Belisario, Arenas, Federico y Guijón, Rodrigo (2008): «Revisión crítica del marco institucional y legal chileno de ordenamiento territorial: el caso de la zona costera», *Revista de Geografía Norte Grande*, No. 41, pp. 23-48.
- Bermúdez, Jorge y Hervé, Dominique (2013): «Justicia ambiental, derecho e instrumentos de gestión del espacio marino costero» (Santiago, LOM Ediciones).
- Castro Neira, Paulo (2005): «Aproximación a la Identidad Lafkenche». Universidad Autónoma de Barcelona, *Periferia* Número 2, mayo 2005, disponible en <https://ddd.uab.cat/pub/periferia/18858996n2/18858996n2a5.pdf> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Cordero Quizacara, Eduardo (2010): «La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional», *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, No. 1, julio 2010, pp. 125-153.
- Cordero Quizacara, Eduardo (2011): «Ordenamiento territorial, justicia ambiental y zonas costeras», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI* (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre), pp. 209-249.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011): «Los procesos administrativos en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI* (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre), pp. 251-277.



- Flores Brito, Patricio (2016): «La Comisión Regional del Uso del Borde Costero: régimen jurídico en el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones marítimas», Informe jurídico para optar al grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144198/La-Comisi%C3%B3n-Regional-del-Uso-del-Borde-Costero-r%C3%A9gimen-jur%C3%ADdico-en-el-procedimiento-administrativo-de-otorgamiento-de-concesiones-mar%C3%ADtimas.pdf?sequence=4> [Fecha de consulta: 01.10.2018].
- Fuentes Olmos, Jessica (2013): «Análisis comparado de los regímenes de las concesiones marítimas y de acuicultura», Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre), pp. 411-456.
- Gajardo Falcón, Jaime (2013): «Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en los territorios indígenas», Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos, Volumen XV / No. 2 / julio-diciembre 2015, pp. 209-213.
- Henríquez Viñas, Miriam (2013): «Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno», Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, No. 1, 2013, pp. 459-476.
- Henríquez Viñas, Miriam (2017): «¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?», Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 15, No. 1, 2017, pp. 307-328.
- León Torres, Omar (2014): «Regulación jurídica de las actividades económicas en áreas silvestres protegidas» (Santiago, Librotecnia).
- Mardones Rojas, Pablo Francisco (2016): «Valorización social de los servicios ecosistémicos en el espacio costero marino para los pueblos originarios (ECMPO) Caulín, comuna de Ancud, Isla Grande de Chiloé, Región de Los Lagos, Chile», memoria de título, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Agronómicas, Escuela de Pregrado, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/150790/Valorizacion-social-de-los-servicios-ecosistemicos-en-el-espacio-costero-marino-para-los-pueblos-originarios-%28ecmpo%29-Caulin-comu.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 01.10.2018].
- Meza-Lopehandía G., Matías (2016): «Territorio indígena en el derecho chileno» (Santiago, Asesoría Técnica Parlamentaria, BCN).
- Meza-Lopehandía G., Matías (2018): «La Ley Lafkenche: análisis y perspectivas a 10 años de su entrada en vigor» (Santiago, Asesoría Técnica Parlamentaria, BCN).

- Muñoz Moreira, Claudia (2017): «El rol de las comisiones regionales de borde costero y la aplicación de la Ley 20.249 de espacios costeros marinos para pueblos originarios. Análisis de las resoluciones a Soli-  
citudes ECMPO en la Región de Los Lagos», tesis de magíster en Go-  
bierno, Políticas Públicas y Territorio, Universidad Alberto Hurtado.  
Disponibile en <http://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/23862>  
[Fecha de consulta: 01.10.2018].
- Pierry Arrau, Pedro (2005): «Concepto de acto administrativo en la ley  
de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la  
Contraloría General de la República», disponible en [https://www.cde.  
cl/wps/wcm/connect/14b0181a-a031-47f3-a12a-825285f51a7e/5.  
pdf?MOD=AJPERES](https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/14b0181a-a031-47f3-a12a-825285f51a7e/5.pdf?MOD=AJPERES) [Fecha de consulta: 01.10.2018].
- VV.AA. (2015): «La nueva justicia ambiental» (Santiago, Thomson Reuters).  
VV.AA. (2017): «Contencioso administrativo ambiental» (Santiago, Librotecnia).
- Zelada Muñoz, Sara y Park Key, James (2013): «Análisis crítico de la Ley  
Lafkenche (No. 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico,  
administrativo y social que dificulta su aplicación», Universum, No.  
28 Vol. 1, 2013, Universidad de Talca, pp. 47-72.

## NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República de Chile (24/10/1980)
- Convenio No. 169 de la OIT (27/06/1989) sobre pueblos indígenas y  
tribales en países independientes de la Organización Internacional  
del Trabajo
- Ley No. 18.575 (05/12/1986) Ley orgánica constitucional de bases generales  
de la administración del Estado
- Ley No. 20.249 (16/02/2008) Crea el espacio costero marino de los pue-  
blos originarios
- Ley No. 20.500 (16/02/2011) Sobre asociaciones y participación ciudadana  
en la gestión pública
- Decreto Supremo No. 475 (11/01/1995) Establece política nacional de  
uso del borde costero del litoral de la República, y crea comisión  
nacional que indica
- Decreto Supremo No. 476 (08/03/1995) Modifica decreto (M) No. 660,  
de 1988, en el sentido que indica
- Decreto Supremo No. 134 (26/05/2009) Aprueba reglamento de la Ley  
No. 20.249
- Decreto Supremo No. 66 (04/03/2014) Aprueba reglamento que regula el  
procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N° 1 letra  
a) y No. 2 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional  
del Trabajo y deroga normativa que indica

Resolución Exenta No. 2.995 Subsecretaría de Pesca, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (08/09/2017) Deniega por inadmisibles solicitud de espacio costero marino de pueblos originarios que indica

## JURISPRUDENCIA CITADA

### *Jurisprudencia judicial*

- Ramon Chiguay Cárcamo Rep. Comunidad Mapuche Huilliche Folil Trincao de Quellón con Comisión Regional de Uso del Borde Costero (CRUBC) de Región Los Lagos (2012): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012 (recurso de apelación). Disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Comunidad Papiukelen con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Los Lagos (2016): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016 (recurso de protección). Disponible en [https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_4734/suprema/documentos/docCausaSuprema.php](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_4734/suprema/documentos/docCausaSuprema.php). [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Ana Sonia Alvarado Subiabre, por sí y como presidenta de la Comunidad Indígena Altue, con presidente de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero, intendente regional Sr. Sebastián Montes (2010): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 21 de septiembre de 2010 (recurso de protección). Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Comunidad Indígena Pu Wapi, con Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la Región de Aysén (2017): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 30 de agosto de 2017 (recurso de protección). Disponible en [http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP\\_Documento=3&TIP\\_Archivo=3&COD\\_Opcion=1&COD\\_Corte=60&CRR\\_IdTramite=19650253&CRR\\_IdDocumento=17636017](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=60&CRR_IdTramite=19650253&CRR_IdDocumento=17636017). [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Comunidad Indígena ATAP con Riquelme (2019): Corte Suprema, 1 de julio de 2019 (recurso de protección). Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>. [Fecha de consulta: 04.07.2019].

*Jurisprudencia administrativa*

- Dictamen No. 12.595, de 5 de abril de 2001, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/012595N01/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 26.753, de 18 de julio de 2001, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/026753N01/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 23.433, de 25 de junio de 2001, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/023433N01/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 4.197, de 21 de enero de 2008, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/004197N08/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 27.815, de 16 de junio de 2008, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/027815N08/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 53.114, de 12 de noviembre de 2008, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/053114N08/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 29.179, de 4 de junio de 2009, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/029179N09/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 19.404, de 14 de abril de 2010, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/019404N10/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 61.070, de 14 de octubre de 2010, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/061070N10/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 79.178, de 29 de diciembre de 2010, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/079178N10/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 56.030, de 5 de septiembre de 2011, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/056030N11/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 43.112, de 18 de julio de 2012, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/043112N12/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 71.968, de 19 de noviembre de 2012, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/071968N12/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].

- Dictamen No. 17.203, de 18 de marzo de 2013, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/017203N13/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 51.666, de 30 de junio de 2015, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/051666N15/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 18.895, de 24 de mayo de 2017, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/018895N17/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].
- Dictamen No. 44.800, de 28 de diciembre de 2017, Contraloría General de la República. Disponible en <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/044800N17/html>. [Fecha de consulta: 29.09.2018].

CULTURA INDÍGENA Y PROPIEDAD  
INTELLECTUAL, FRICCIONES CON EL USO  
COMERCIAL DE SUS MANIFESTACIONES  
CULTURALES. ALTERNATIVAS JURÍDICAS  
Y TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

INDIGENOUS CULTURE AND INTELLECTUAL  
PROPERTY, FRICTIONS WITH THE  
COMMERCIAL USE OF THEIR CULTURAL  
EXPRESIONS. LEGAL AND TECHNOLOGICAL  
ALTERNATIVES OF PROTECTION\*

*Hellen Pacheco Cornejo\*\**

RESUMEN

La cultura indígena, así como la de todo pueblo, se sustenta en el conocimiento de su entorno y en la acumulación de conocimiento por todo el tiempo que ha durado su existencia. En la actualidad, una parte importante de esas manifestaciones culturales son los conocimientos tradicionales, los cuales son utilizados más allá del ámbito en el cual han sido concebidos. Ello plantea fuertes fricciones entre intereses diferentes por parte de los pueblos originarios que los

---

\* Este trabajo forma parte de las actividades realizadas por el grupo de investigación «Legal, institutional and ethical issues» del proyecto BeFOre (Bioresources for Olive culture) Horizon 2020-MSCA-RISE-2014 (Marie Skłodowska-Curie Research and Innovation Staff Exchange), Grant agreement No. 645595.

\*\* Abogada egresada de la Universidad de Concepción. Doctora en Cooperación al Desarrollo Sostenible por la Università Degli Studi di Roma La Sapienza, Italia. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

detentan y aquellos que los ocupan con fines comerciales o industriales, a las que el Estado debiera responder. Este trabajo presenta dichas fricciones y alternativas de solución, desde una perspectiva jurídica y otra tecnológica. La primera abordando los proyectos de reforma de la Ley de Propiedad Industrial y a la Constitución, con el fin de incorporar un reconocimiento y protección de los conocimientos tradicionales en el sistema de propiedad intelectual comercial; y la segunda en el uso de bancos de datos como medio de crear una prueba anticipada de la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

### PALABRAS CLAVE

Propiedad intelectual, conocimientos tradicionales, manifestaciones culturales

### ABSTRACT

Indigenous culture is building over the environment knowledge and the accumulation of knowledge during their existence. At present, traditional knowledge is a relevant part of this cultures, it has being use out the context in which it has been conceive. It raises strong frictions because different interests from the native peoples, who owns knowledge, and who occupy them for commercial or industrial purposes. This paper presents some of these frictions as they affect the collective property of the indigenous peoples and the State obligation in order to solve this. Additionally, the paper presents legal and technological solutions: the first considering the projects of reform of the industrial property law and Political Constitution in order to incorporate in the system of intellectual property right the recognition and protection for traditional knowledge; and second, the data banks as advanced evidence of indigenous peoples' ownership of their traditional knowledge.

## KEYWORDS

Intellectual property, traditional knowledge, protection of cultural manifestations

### I. INTRODUCCIÓN

La cultura de cada pueblo es una manifestación de sus creencias y de su forma de ver el mundo, siendo una acumulación de conocimientos sobre el entorno que permite a sus miembros dar respuesta a sus necesidades cotidianas de existencia, constituyendo la parte inmaterial de su patrimonio, su cultura.

El patrimonio inmaterial comprende las manifestaciones culturales desenvueltas bajo toda forma de expresión humana y son variadas, yendo desde aquellas consideradas *artísticas*, como danzas, canciones, cuentos, representaciones, dibujos, diseños, oraciones, etcétera, que se ubican en la categoría de obras, hasta conocimientos más refinados sobre la biodiversidad, sus usos y particularidades, denominados a nivel internacional como *conocimientos tradicionales*, usados para generar invenciones que caen en el ámbito de la propiedad industrial. Esos conocimientos, en el caso de los pueblos indígenas, han alcanzado relevancia por su profundidad con relación a los elementos de la naturaleza y los usos que de ellos se pueden derivar, aplicables en casi todos los ámbitos de existencia del ser humano: medicina, agricultura, alimentación, vestuario, vivienda, farmacia, etcétera.

El patrimonio cultural indígena, como tal, implica la propiedad sobre toda manifestación cultural que lo comprende, derecho a la cultura y a la propiedad que es reconocido a toda persona en todos los instrumentos que forman parte del núcleo duro de derechos humanos de las Naciones Unidas, de los que Chile es parte desde hace décadas, encontrándose ratificados y vigentes y respecto de los cuales existe reconocimiento expreso en la Constitución<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Noguera (2017) 47.



En Chile, el derecho de propiedad es fuerte en la carta fundamental, tanto para los bienes corporales como para los incorporeales o créditos del artículo 19, así como en el número 25, que reconoce el derecho a la propiedad intelectual en todas sus formas. Sin embargo, la situación en el aprovechamiento de manifestaciones culturales, especialmente de los conocimientos tradicionales, no ha resultado tan clara, como tampoco lo ha sido a nivel internacional.

En 1992, el acuerdo del Convenio sobre Diversidad Biológica, a propósito de la preservación *in situ* de los elementos de la biodiversidad, hizo una referencia a los conocimientos tradicionales, en el art. 8 j, como «los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica».

El Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación, celebrado en el seno de la FAO, en vigencia desde el 29 de junio de 2004, consideró en su artículo 9.2 sobre los derechos del agricultor, la protección de estos conocimientos en cuanto importantes para el desarrollo de la agricultura y poder alimentar a la población mundial<sup>2</sup>.

En 2003, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco los consideró en el artículo 2º, dando una definición amplia y omnicompreensiva de *patrimonio cultural inmaterial* como:

«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

---

<sup>2</sup> El Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación, Art. 9.2: «(...) Cada Parte Contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los Derechos del agricultor, en particular: a) la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (...)».

grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible».

A falta de una definición sancionada en un tratado internacional, en 2016 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) publicó un glosario de términos jurídicos, en el cual se señaló que para «el ámbito internacional, por «conocimientos tradicionales» se entiende, en sentido estricto, conocimientos en sí, en particular, conocimientos originados como resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, comprendiendo conocimientos técnicos, prácticas, aptitudes e innovaciones. Los conocimientos tradicionales pueden darse en una gran variedad de contextos, como por ejemplo: conocimientos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinales, incluidos los medicamentos y remedios medicinales, conocimientos relacionados con la biodiversidad, etcétera»<sup>3</sup>.

La definición pone de relieve que los conocimientos se originan en la realización de una práctica o actividad tradicional, o sea, en un contexto cultural determinado, que se produce justamente por las particularidades de un grupo en específico, por sus creencias, su lenguaje, su religiosidad y su forma de ver el mundo. Viene a ser un resultado fruto de la interacción entre una sociedad y el territorio en que vive, cuyo objetivo es la conservación de esta conexión dinámica<sup>4</sup>. Expresa también las relaciones entre los individuos, sus ecosistemas y el mundo simbólico de sus territorios. Entre sus características, destaca que son prácticas generadas, seleccionadas y acumuladas colectivamente, que se transmiten de generación en generación a través de diversos mecanismos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> OMPI (2014) 41.

<sup>4</sup> Cortés-Rodríguez y Venegas-Cardoso (2011) 117.

<sup>5</sup> López Bárcenas (2016) 51.

La forma en que el grupo produce estos conocimientos pone de manifiesto que sobre ellos existe una propiedad colectiva, pues en su concepción han participado todos o una parte significativa del grupo<sup>6</sup>.

Sin embargo, podría pensarse, respecto de las manifestaciones culturales que caen en la categoría de obras, que estas pertenecen al patrimonio cultural común de los chilenos, al igual que el folklore, por aplicación del artículo 11 de la Ley de Propiedad Intelectual No. 17.336, letras a y b que consideran que: «a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido; b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico».

Siguiendo la norma recién transcrita, los conocimientos tradicionales pertenecerían al patrimonio común o son parte de esa propiedad intelectual que recae en creaciones que no tienen dueño. En base a este artículo, podría considerarse a las manifestaciones culturales indígenas creadas hace ya mucho tiempo por un grupo, de manera que habría una autoría difusa en varias personas que ya fallecieron o bien respecto de quienes no puede determinarse la autoría.

No se comparte tal razonamiento, pues sería erróneo aplicar el artículo referido a las manifestaciones culturales y en particular a los conocimientos tradicionales, pues al ser un tipo de conocimiento evolutivo y dinámico, no puede considerarse que, una vez publicado, se desprenda de quienes lo crearon, sino que su dinamismo se perpetúa en los miembros de ese grupo en tanto este subsista, por lo que tampoco han perecido sus autores.

En el caso de los conocimientos tradicionales, lo que prevalece es una propiedad colectiva por sobre una concepción de bienes comunes<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Vezzani (2012) 152.

<sup>7</sup> López Bárcenas (2016) 53.

## 2. LAS FRICCIONES EN EL USO NO AUTORIZADO DE MANIFESTACIONES CULTURALES

Los conocimientos tradicionales acumulados por las sociedades indígenas permiten resolver problemas que se presentan a todos los miembros de una sociedad como enfermedades, alimentación, vestimenta, mejoramiento de materiales, etcétera, pudiendo ser aprovechados por quienes no necesariamente son indígenas o pertenecientes a ese grupo, quienes no siempre observan las normas de acceso y uso del patrimonio cultural de un determinado pueblo, afectando su derecho a la propiedad colectiva sobre el propio patrimonio.

Las prácticas que se repiten a través del mundo, observadas también en Chile, son principalmente las siguientes:

–Uso de recursos genéticos endémicos provenientes de territorios indígenas en la reproducción a escala industrial de nuevos fármacos, cosméticos o productos alimenticios.

–Registro de marcas conteniendo expresiones provenientes de lenguas indígenas, incluso sobre expresiones religiosas. En Chile es frecuente encontrar registros de marcas indígenas sobre productos que manifiestamente no son indígenas o servicios proporcionados por grupos que tampoco lo son. Esto es contrario a la normativa vigente pues inducen claramente a error acerca de la procedencia, contrariando abiertamente el artículo 20 de la Ley 19.039, que prohíbe la inscripción de expresiones que «f) Las que se presten para inducir a error o engaño respecto de la procedencia, cualidad o género de los productos, servicios o establecimientos, comprendidas aquellas pertenecientes a distintas clases cuyas coberturas tenga relación o indiquen una conexión de los respectivos bienes, servicios o establecimientos»<sup>8</sup>.

–El uso en el *merchandising* de imágenes provenientes de las culturas indígenas, lo que implica la reproducción de todo tipo de artículos de origen indígena a escala industrial por comerciantes

<sup>8</sup> Un ejemplo es el intento de un empresario de origen cantonés de registrar en Chile la marca Kimun VC Valle Central, solicitada en la clase de los vinos, número de solicitud 1294133, la cual presenta oposición en razón de contravención al artículo 20 de la Ley 19.039, en actual tramitación.

que claramente no pertenecen al pueblo cuyo artículo ofrecen en el mercado. Esto llega incluso a la importación de mercaderías, como lo que ocurre a nivel local con aquellas destinadas a escolares para la celebración del Año Nuevo indígena, *wetripantu*, en el mes de junio.

–El uso engañoso en el comercio en general, de nombres indígenas para posicionar productos medicinales de elaboración y procedencia no indígena.

–Registro y uso de variedades tradicionales de semillas y plantas en el comercio. Muchas variedades vegetales nuevas se basan en especies preexistentes, a partir de las cuales son mejoradas obteniéndose nuevas especies<sup>9</sup>, procedimientos que requieren mayor o menor tiempo según los conocimientos que poseen pueblos indígenas sobre dichas especies y de los medios tecnológicos para acelerar el mejoramiento, lo que optimiza los tiempos de desarrollo de nuevas variedades vegetales, permite abreviar los tiempos de investigación y, así, disminuir costos, obtener recursos de mejor calidad y productos más inocuos para la salud y el ambiente, posicionarse en el mercado con una identidad, servir de códigos visuales en cuanto a los diseños u otras aplicaciones industriales o comerciales, lo que permite la obtención de ganancias a favor de sus titulares<sup>10</sup>.

Lo anterior ha hecho que exista acuerdo a nivel internacional por otorgar protección particular a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por tres razones fundamentales:

–para conservarlos como parte del patrimonio de los pueblos indígenas,

–para proteger a dichos pueblos del uso no autorizado por parte de terceros, y

–para saber a quién compensar por los beneficios comerciales que pudieren extraerse de estos conocimientos<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cabrera (2005) 270.

<sup>10</sup> Pacheco (2012) 287.

<sup>11</sup> Bengoa (2013) 6.

### 3. LAS ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS

Estas propuestas buscan, por un lado, proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, pero a la vez garantizar el acceso a ellos, ya que su valor para el beneficio social general es indiscutido, manteniendo el control para los primeros.

El tema se ha discutido en varias sedes, como los grupos de trabajo de las Naciones Unidas del Convenio sobre Diversidad Biológica, donde se originó el Protocolo de Nagoya, tratando de armonizar este texto con el tratado ADPIC; el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, donde se originó, en 2007, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, en la UNCTAD, en la UNESCO, la UNICEF y la FAO<sup>12</sup>. También se han trabajado propuestas en la OIT, en la Organización Mundial del Comercio y principalmente en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en busca identificar y analizar las herramientas, instrumentos y mecanismos que permitan proteger legalmente el conocimiento, las innovaciones y las prácticas indígenas en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>13</sup>.

Las propuestas se pueden resumir en las siguientes: extender los derechos de propiedad intelectual, fortalecer el derecho consuetudinario indígena, documentar los conocimientos tradicionales y crear sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales.

#### 3.1 *Extender los derechos de propiedad intelectual*

Esto implica ocupar las formas clásicas de la propiedad industrial en los siguientes modos:

–A través de certificados de origen del material genético que pudiera ocuparse en las invenciones, que permitan acreditar la existencia de contratos de acceso, el consentimiento y participación en las ganancias de los pueblos propietarios de esos conocimientos.

<sup>12</sup> Lapeña y Ruiz (2004) 57.

<sup>13</sup> Ruiz (2006) 12.

–Otorgando certificados de indicación geográfica cuando el producto final solo pueda ser obtenido usando conocimientos aplicables en un determinado lugar, reconocido por ser asentamiento de comunidades indígenas, lo que también permite seguir el trazado de un producto<sup>14</sup>.

–Registrando marcas colectivas que se identifiquen con los productos o conocimientos exclusivos de un pueblo o comunidad, lo que pudiera funcionar en aquellos casos en que el registro no sea contrario a los usos establecidos por esa colectividad o cuando no sean bienes cuya comercialización esté prohibida por dicha cultura<sup>15</sup>.

–Dando a los conocimientos tradicionales la calidad de *secreto industrial*, lo cual podría no resultar en pueblos en que hay grupos de iniciación al interior de un pueblo indígena que posee ciertas características de espiritualidad y energía muy difíciles de comprender desde fuera<sup>16</sup>.

Esta propuesta no considera el hecho de que no siempre los pueblos indígenas contarán con los medios para el registro y el pago de las tasas de mantención de los privilegios de propiedad industrial, que reduce las posibilidades de que sean los propios interesados quienes los soliciten y varias de ellas caducan, de manera que se cuestiona que puedan proteger integralmente los conocimientos tradicionales<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> ADPIC: Artículo 22. «indicaciones geográficas son las que identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico».

<sup>15</sup> Sandoval (2006) 30. Se entiende por marca colectiva: «la que se registra a nombre de una asociación de fabricantes, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, con la intención de que todos los miembros de esa entidad puedan hacer uso de ella».

<sup>16</sup> El ADPIC dispone: «Sección 7 sobre la Protección de la información no divulgada. Artículo 39 2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos».

<sup>17</sup> Ochoa (2010) 182.

### 3.2 *Fortalecer el derecho consuetudinario indígena*

Esta es una idea presente en el Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>18</sup>. Se lograría mediante la dictación de normas sobre los conocimientos tradicionales, en particular regulando el acceso y uso de estos de acuerdo con las normas que le han dado origen. Dado que el carácter colectivo de los conocimientos tradicionales ha sido extraído del derecho tradicional o consuetudinario indígena no escrito, sería también una cuestión de lógica jurídica el regular su utilización y acceso de acuerdo con el mismo tipo de derecho, que cambiará de contenido particular de grupo en grupo y asumiendo, a la vez, lo complejo que ello resultaría.

Las normas consuetudinarias indígenas son normas que han sido creadas por la tradición, lo que supone un proceso reflexivo de los indígenas, que se adaptarían mejor a la naturaleza de los conocimientos tradicionales por provenir de la misma fuente de razonamiento<sup>19</sup>.

Al respecto, hay que poner atención en si la legislación interna considera o no el derecho consuetudinario indígena en alguna forma, ya sea que se haya incorporado integrando lagunas jurídicas en aquellas materias relativas a indígenas, o que la tradición haya sido consagrada como norma positiva, pues, en ese caso, será más fácil su aplicación.

### 3.3 *Documentar los conocimientos tradicionales*

Esta alternativa resulta una buena práctica para protegerlos pues, ingresándolos en registros u otros medios manuales o electrónicos (cintas, videos, base de datos, etcétera), se podría tener una prueba de que esos conocimientos forman parte del estado del arte previo. Al ser la novedad un requisito para conceder una patente, al existir un registro se crea una prueba de su preexistencia, impidiendo que se conceda un derecho de propiedad industrial –en concreto, una patente–, sobre algo que ya existe pues no es nuevo. En definitiva,

---

<sup>18</sup> Ruiz (2006) 57.

<sup>19</sup> Pacheco (2012) 303.



permiten un funcionamiento más honesto de los sistemas de propiedad intelectual, impidiendo el registro de privilegios que no cumplen con los requisitos para serlo.

Esta alternativa dice relación con la fijación y preservación de manifestaciones culturales, entre ellas conocimientos tradicionales, en medios digitales que facilitan su reproducción, pero a la vez permiten la conformación de bases de datos que pueden ser clasificados conforme a los códigos internacionales de propiedad intelectual.

Esta idea ha sido muy criticada por provenir directamente del mundo occidental y haber sido adaptada a los pueblos indígenas que, en general, no han incorporado del todo estos medios tecnológicos a sus culturas. Incluso podría considerarse que, tratándose de una medida que, si se refiere directamente al patrimonio cultural de pueblos indígenas, debiera ser consultada al tenor del Convenio 169 de la OIT.

Otra crítica es el costo, ya que la continua evolución de los conocimientos tradicionales hace que un registro necesite mucho trabajo de actualización y, por lo tanto, implica un mayor esfuerzo económico. Pero es una medida muy efectiva contra la biopiratería, ya que lo que se gasta en medios informáticos, se economiza en defensa jurídica posterior<sup>20</sup>.

### 3.4 Crear sistemas *sui generis* de protección

Una medida más específica es la de crear sistemas *sui generis* de protección, idea que fue planteada por la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica en 1996 realizada en Argentina<sup>21</sup>. El crear sistemas *sui generis*, en el sentido de dictar normas, sean leyes o reglamentos, propios a la naturaleza de los conocimientos tradicionales, pareciera ser una medida necesaria para resolver equitativamente el problema. Hay quienes incluso consideran un deber moral de los gobiernos el legislar en favor de la protección de los conocimientos tradicionales, proponiendo la apro-

---

<sup>20</sup> WIPO (2011) 5.

<sup>21</sup> El contenido de esta reunión se puede revisar en [www.cdb.org](http://www.cdb.org)

bación de códigos éticos de conducta que incluyan normas para la investigación y recolección de información y material fitogenético<sup>22</sup>.

Para hacerlo, los países deben poner atención a sus legislaciones y políticas ya existentes sobre: medio ambiente, recursos naturales y zonas protegidas y, sobre todo, de propiedad de la tierra como base fundamental para la conservación y crecimiento de los conocimientos tradicionales. Ello motiva la necesidad de efectuar una revisión previa de las legislaciones nacionales, para enfrentar la creación de un sistema legal *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales y proponer las características básicas de una legislación productiva en esta materia.

La comunidad internacional comenzó en 1992 a abordar la cuestión del uso de los conocimientos tradicionales para la conservación de la biodiversidad, pero no ha sido sino hasta 2014 en que acordó un instrumento para referirse al uso en materia de recursos genéticos a través del Protocolo de Nagoya, tratado del cual Chile no es parte, sin perjuicio de que siendo un protocolo complemento del Convenio sobre la Diversidad Biológica, del cual sí es parte, igual se encuentra obligado a tributar a su cumplimiento observando este último tratado.

#### 4. LA OPCIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES INDÍGENAS

Chile no cuenta hasta ahora con una legislación ya aprobada, sino con un proyecto de reforma a la Ley de Propiedad Industrial enviado mediante mensaje No. 060-361 de fecha 24 de abril de 2013. Este proyecto, de ser aprobado alguna vez, opta por robustecer las formas tradicionales de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales en torno a las siguientes ideas:

–El proyecto reconoce entre sus fundamentos que para los países desarrollados el uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales es una preocupación, estableciendo el mismo mensaje la existencia en derecho comparado de la obligación de divulgar

---

<sup>22</sup> Dutfield (1999) 3.

el origen de estos recursos que se reivindicuen en la solicitud de patente respectiva<sup>23</sup>.

–Se establece como causal de irregistrabilidad relativa de una marca, o sea, que algunas personas no pueden registrar algunas expresiones, las siguientes: «h) Aquellas que consistan en el nombre de comunidades indígenas legalmente reconocidas o los signos utilizados para distinguir sus productos o servicios, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso»<sup>24</sup>.

–En cuanto a la adquisición del derecho de propiedad industrial, el proyecto establece un límite en la protección de los derechos de propiedad industrial, los que se concederán salvaguardando y respetando los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados. Se condiciona el otorgamiento de los derechos de propiedad industrial que contenga material genético o conocimiento tradicional relacionado con la respectiva solicitud de propiedad industrial, la que debe acreditar que se «haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente»<sup>25</sup>.

–Establece como delito contra la propiedad industrial punible con multa «El que presente declaraciones falsas respecto a la divulgación de la fuente de recursos genéticos o conocimientos tradicionales»<sup>26</sup>.

Este proyecto de ley ha perdido urgencia, de manera que su aprobación dista de verse pronta a concluir. A lo anterior, debe agregarse que se trata de un proyecto que aún no se ha consultado al tenor del Convenio No. 169 de la OIT.

También existe un proyecto de reforma constitucional al artículo 19 No. 24, el cual propone incorporar incisos 12, 13 y 14, en los que se otorga al Estado la propiedad sobre los recursos genéticos y reconoce los derechos de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, pero que no avanza en su tramitación.

---

<sup>23</sup> Mensaje No. 060-361 de fecha 24 de abril de 2013. Antecedentes letra g).

<sup>24</sup> Proyecto de Ley que sustituye la Ley No. 19.039, de Propiedad Industrial, No. 41.

<sup>25</sup> Proyecto de Ley que sustituye la Ley No. 19.039, de Propiedad Industrial, art. 2. y Título II De Las Patentes, No. 145.

<sup>26</sup> Proyecto de Ley que sustituye la Ley No. 19.039, de Propiedad Industrial, No. 309.

El anterior proyecto implicaría una nacionalización de los recursos genéticos que actualmente, al no estar regulados, pertenecen a quien los detenta, vale decir, a quien los posee materialmente o los mantiene en su esfera de resguardo. De ahí que, si esta reforma constitucional fuese aprobada, podría resultar cuestionable al poder vulnerar el derecho de propiedad privada respecto de quienes pudieran detentar, en exclusiva, algún recurso genético dentro del territorio nacional.

Debe decirse aquí que este tipo de reforma también debe consultarse a los pueblos interesados al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169, por tratarse de una materia que pudiera afectarles y expresamente por lo señalado en el artículo 15 de este tratado: «Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».

La lentitud en aprobar estos proyectos –que, buenos o malos, al menos regularían la materia– no desincentiva la apropiación y el uso no autorizado, ni retribuido por terceros, ya sea de conocimientos tradicionales o de recursos genéticos nacionales, como ya fue señalado<sup>27</sup>.

## 5. PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES POR VÍA TECNOLÓGICA

Estas bancas de datos pueden ser creadas por cualquier persona que cuente con los medios para implementarlos, pudiendo ser incluso particulares, aunque lo frecuente es que se trate de bancas de datos públicos y cumplen con las siguientes funciones<sup>28</sup>:

<sup>27</sup> En Chile se ha vuelto clásico el ejemplo del antibiótico proveniente de la Rapamicina, patente estadounidense No. 7.700.614, obtenido a partir de una planta endémica de la Isla de Pascua –Rapa Nui en lengua aborígen–, sin que los rapa nui, propietarios del recurso genético y quienes cultivaron, conservaron y mejoraron por siglos la variedad, hayan autorizado su explotación comercial.

<sup>28</sup> Bengoa (2013) 15.

– Permite contar con una lista de los recursos genéticos empleados y sus usos. Esto es valioso para toda la comunidad pues puede ir desde una mera recopilación de lo ya publicado sobre la materia hasta una descripción taxonómica, fundamentos históricos de uso del recurso, informes antropológicos, etcétera. Además, permitiría hacer operativa la propuesta de revelación o de revelación de origen usada en otras legislaciones como la contenida en el proyecto de ley de reforma a la Ley de Propiedad Industrial<sup>29</sup>.

– Crea una prueba de existencia de un conocimiento, pudiendo incluso registrar origen y pueblo que crea el conocimiento, y con ello evitar apropiaciones de terceros. Incluso puede clasificarse de acuerdo con el Clasificador Internacional de Patentes, para ser más funcional y de este modo ubicada fácilmente por motores de búsqueda de las oficinas internacionales de patentes, ofreciendo una protección preventiva.

– La banca de datos se mantiene en el tiempo pues está fijada facilitando su consulta, el acceso y la investigación a partir de los conocimientos o recursos ahí recopilados.

Esta banca de datos puede revestir diversos caracteres, según sea la regulación o la falta de regulación sobre ellas, pero esto no necesariamente implica declaración de dominio. Es una prueba indicativa de ello, pero no constituye una especie de Conservador de Bienes Raíces, a menos que la ley le otorgue tal carácter.

El uso de este medio ha manifestado resultados positivos en los países en que se ha implementado, como India<sup>30</sup>. Existen iniciativas similares en Panamá con el Registro Colectivo de Propiedad Intelectual y en Perú con el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas<sup>31</sup>.

Un comentario que debe efectuarse en este punto, es que el acceso a conocimientos tradicionales es una materia que debe ser consultada a los pueblos indígenas según la relevancia que se le otorgue al

---

<sup>29</sup> Ochoa (2010) 185. Esta exigencia es obligatoria en Costa Rica, Brasil, India, Perú, Venezuela y en el grupo de la Comunidad Andina.

<sup>30</sup>OMPI (2011) 5.

<sup>31</sup> Bengoa (2013) 16.

registro y el tipo de recopilación. Si se trata de reunir aquel material ya publicado y disponible al público, incluso en portales de la red, a juicio de quien escribe no requerirá una consulta, pero si se trata de efectuar una clasificación, indagar en las comunidades sus conocimientos o bien ser un registro con atribución de dominio, entonces debería ser consultada al tenor del artículo 6° del Convenio 169, por ser una cuestión que toca las entrañas de los pueblos: su saber<sup>32</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La laguna legal en torno a una protección de los conocimientos tradicionales permite un uso no autorizado de ellos, siendo conveniente para Chile el adoptar una normativa acorde o, al menos, aprobar los proyectos que existen sobre la materia.

Llama la atención cómo en materia de conocimientos tradicionales no se ha legislado ni existe avance, en tantos años desde la entrada en vigor en el país del CDB.

En Chile, el uso no autorizado de manifestaciones culturales indígenas por personas que no pertenecen a las comunidades que las originan, permite concluir que no ha existido una estricta aplicación de las normas sobre propiedad intelectual, especialmente en las marcas comerciales. Se ha dejado de aplicar los artículos 19 y 20 de la Ley No. 10.039 de Propiedad Industrial, permitiéndose el registro de expresiones provenientes de culturas indígenas por quienes no son indígenas, lo que no solo es abusivo, sino que induce a error acerca del origen de los productos registrados bajo dicha marca.

El arribar a esta situación pone de manifiesto una falta en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados que son parte del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como Chile, en cuanto a robustecer el empoderamiento en la autodeterminación y gestión de los pueblos indígenas sobre sus propios recursos, especialmente aquellos naturales.

Finalmente, los vacíos legales y la falta de una voluntad de legislar sobre esta materia ponen de manifiesto una falta de interés

---

<sup>32</sup> Mayorga, Pacheco y Treggiari (2017) 43.

por parte del Estado de otorgar protección a la cultura indígena en general y, en especial, a los conocimientos tradicionales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bengoia, Carla (2013): «Los registros de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas: algunos alcances para su desarrollo en un contexto de protección» (Santiago de Chile, PNUMA), disponible en [http://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/Registros\\_de\\_CT.pdf](http://www.portalces.org/sites/default/files/migrated/docs/Registros_de_CT.pdf) [Fecha de consulta: 24.09.2018].
- Cabrera Medaglia, Jorge (2005): «Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos» (Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 269-294.
- Cortés-Rodríguez, Edna Alicia y Venegas-Cardoso, Francisco Raúl (2011): «Conocimiento tradicional y la conservación de la flora medicinal en la comunidad indígena de Santa Catarina», BC, México. *Ra Ximhai*, 7(1), pp. 117-122.
- Dutfield, Graham (1999): «The Public and Private Domains: Intellectual Property Rights in Traditional Ecological Knowledge», disponible en WP 03/99, Oxford Electronic Journal of Intellectual Property. Disponible en <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0399.html> [Fecha de consulta: 15.08.2012].
- Lapeña, Isabel y Ruiz, Manuel (2004): «Acceso a recursos genéticos. Propuestas e instrumentos jurídicos» (Perú, Ed. Lerma Gómez).
- López Bárcenas, Francisco (2016): «Análisis de los instrumentos y vacíos jurídicos para reconocer y aplicar normas, protocolos y procedimientos comunitarios» (Ciudad de México, Editorial Conabio-Giz).
- Mayorga-Muñoz, Cecilia, Pacheco-Cornejo, Hellen y Treggiari, Ferdinando (2017): «El rol de la mujer indígena mapuche en la preservación de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados. Un análisis jurídico desde la perspectiva de género». *Revista Jurídicas*, 14 (2), pp. 29-45.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2017): «Los derechos fundamentales y sus garantías constitucionales en Latinoamérica». En Aguilar Carvallo, Gonzalo, *Los derechos fundamentales como inspiración y marco del cambio constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 31-104.
- Ochoa Jiménez, María Julia (2010): «Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela». *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), pp. 179-207. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/>

- scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0041- [Fecha de consulta: 28.09.2018].
- OMPI (2011): «Protecting Indian's Traditional Knowledge». En WIPO Magazine, No. 3, junio 2011, Ginebra, pp. 5-8.
- OMPI (2014): «Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales» (Documento electrónico). Disponible en [www.wipo.org](http://www.wipo.org) [Fecha de consulta: 19.07.2018].
- Pacheco, Hellen (2012): «Acceso a conocimientos tradicionales». En Cippitani, Roberto, Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione (Perugia, Ed. Università Degli Studi di Perugia), pp. 285-306.
- Ruiz, Manuel (2006): «La protección jurídica de los conocimientos tradicionales: algunos avances políticos y normativos en América Latina» (Quito, Ed. Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza [UICN]).
- Sandoval, Ricardo (2006): «Marcas comerciales» (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile).
- Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004): «Directrices del cdb. Principios y directrices de Addis Abeba para la utilización sostenible de la diversidad biológica» (Montreal, Ed. PNUMA).
- Vezzani, Simone (2012): «I saperi tradizionale e le culture popolari alla luce del paradigma dei «beni comuni»». En Marella María y otros, Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni (Verona, Ed. Ombre corte), pp. 149-160.





# LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL EN LA LEY NO. 19.253

## THE NOTORIOUS POSSESSION OF THE CIVIL STATUS IN LAW N ° 19,253

*Marcia Molina Pezoa\**

### RESUMEN

El artículo 4° de la Ley No. 19.253 dispone que la posesión notoria del estado civil se considerará un título suficiente para constituir, a favor de los indígenas, los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. En este artículo se analizan las diferencias que presenta esta norma con la posesión notoria del estado civil regulada por el Código Civil, en relación con los elementos que la constituyen, su naturaleza jurídica, sus requisitos de prueba y sus efectos.

Si consideramos la posesión notoria del estado civil como un nuevo título de filiación que puede acreditarse «en cualquier gestión judicial» como, por ejemplo, un procedimiento voluntario, se generan una serie de interrogantes, donde el problema radica en que los fines y principios que inspiran ambas legislaciones son diferentes.

---

\* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, magíster en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Chile.

## PALABRAS CLAVE

Posesión notoria del estado civil, filiación, Ley No. 19.253.

## ABSTRACT

Article 4 of Law No. 19,253 provides that the notorious possession of civil status shall be considered a sufficient title to constitute in favor of the indigenous the same rights and obligations that, according to the common laws, emanate from the legitimate filiation and the civil marriage. This article analyzes the differences that this rule presents with the notorious possession of civil status regulated by the Civil Code, in relation to the elements that constitute it, its legal nature, its test requirements and its effects.

If we consider the notorious possession of the civil status as a new title of filiation that can be accredited «in any judicial management» as, for example, a voluntary procedure, a series of questions are generated, where the problem lies in that the purposes and principles that inspire both legislations are different.

## KEYWORDS

Notorious possession of the civil status, filiation, Law No. 19,253

## I. INTRODUCCIÓN

El estado civil es un atributo de la personalidad definido en el Código Civil, artículo 304, como la «calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles». Claro Solar señala que es «la posición o lugar permanente del individuo en razón de la cual goza de ciertos derechos o se halla sometido a ciertas obligaciones»<sup>1</sup>.

Este estado civil está ligado a la filiación, es decir, al establecer la filiación, según Rossel, este «vínculo jurídico que une a un hijo

---

<sup>1</sup> Claro (1979) 11.

con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado»<sup>2</sup>, se establece también el estado civil de hijo, hija, padre o madre.

Uno de los principios que inspiraron la Ley No. 19.585, que introdujo importantes modificaciones al Código Civil en materia de filiación, es el principio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad. Según este principio, se privilegia la verdad biológica y se basa en el derecho a la identidad consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup>. Es así como en los juicios de filiación se admiten toda clase de pruebas<sup>4</sup>; entre ellas, algunas de las más importantes son las pruebas biológicas. Sin embargo, este principio está limitado por la posesión notoria del estado civil de hijo, ya que esta prevalece sobre las pruebas biológicas cuando entre ellas exista contradicción, salvo que existan graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar esta regla, caso en el que el juez puede decidir dar prioridad a las pruebas biológicas según el artículo 201 del Código Civil<sup>5</sup>.

Por lo tanto, el concepto de filiación ha experimentado un cambio. En un principio se definía en base a las relaciones consanguíneas entre dos personas (padre o madre e hijo), para pasar a ser entendido como un concepto jurídico, basado en una relación jurídica entre estas dos personas<sup>6</sup> donde prima la verdad biológica. No obstante, esto no sucede en todos los casos. Por ejemplo, al establecer la filiación en base a la posesión notoria del estado civil.

Por otra parte, el 28 de septiembre de 1993 se promulgó la Ley No. 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, la que en su artículo 4°, inciso 1°, dispone: «Para todos los efectos legales, la posesión notoria del

---

<sup>2</sup> Rossel (1994) 207.

<sup>3</sup> Gómez de la Torre (2007) 48.

<sup>4</sup> Código Civil, artículo 198.

<sup>5</sup> Gómez de la Torre (2007) 51.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 17-18.

estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial o un informe de la Corporación suscrito por el Director».

Esta ley, entonces, regula la posesión notoria del estado civil de hijo, hija, padre o madre de una persona perteneciente a una etnia indígena. Sin embargo, a esta posesión notoria se le ha dado un alcance distinto a lo dispuesto en el Código Civil, como pasaremos a revisar en las páginas que siguen.

## 2. LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DE HIJO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY NO. 19.253, QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDÍGENAS

### 2.1 *La posesión notoria del estado civil en el Código Civil*

El artículo 200 inciso 2° del Código Civil regula la posesión notoria del estado civil de hijo y señala que «consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos, y que estos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal», exigiendo de esta manera los tres requisitos de la posesión notoria: nombre, trato y fama. Según la norma citada, esta situación debe haberse mantenido, a lo menos, por cinco años continuos, y debe probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

Si esto sucede, agrega el artículo 200: «La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación».

Como se señaló, para el Código Civil la posesión notoria es tan relevante que incluso prefiere a las pruebas periciales de carácter

biológico, en caso que haya contradicción entre unas y otras, salvo que existan graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar esta regla, caso en el que prevalecen las pruebas biológicas.

## 2.2 *La posesión notoria del estado civil de hijo en la Ley No. 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas*

La Ley No. 19.253 trata de la posesión notoria del estado de padre, madre, cónyuge o hijo. En el artículo 4º, dispone: «Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial o un informe de la Corporación suscrito por el Director». Haremos un análisis de esta normativa en la sección siguiente.

## 3. DIFERENCIAS DE LA POSESIÓN NOTORIA DE LA CALIDAD DE HIJO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY NO. 19.253

### 3.1 *Elementos que constituyen la posesión notoria del estado civil*

Para que se configure la posesión notoria del estado civil de hijo, el Código Civil exige que se cumplan los requisitos de *nombre*, esto es, siguiendo a Abeliuk, que el hijo tenga el apellido de los padres; *trato*, es decir, que la persona haya sido tratada como hijo; y *fama*, que consiste en que el hijo haya sido considerado como tal por todos<sup>7</sup>, por un plazo de a lo menos cinco años.

A diferencia del Código Civil, la Ley No. 19.253 no exige los elementos señalados, como tampoco exige un lapso de posesión notoria. El fundamento de la norma es respetar las costumbres y

<sup>7</sup> Abeliuk (2000) 150.

tradiciones de las etnias indígenas, respetar su forma de hacer familia<sup>8</sup>. Por lo tanto, una persona de una determinada etnia indígena tendrá la calidad de hijo según lo que esa etnia entienda por tal. No obstante, se exige que esta posesión de estado civil sea «notoria», es decir, que este sea un hecho conocido frente a terceros y no algo que solo haya ocurrido al interior de la familia.

### *3.2 Requisitos de prueba de la posesión notoria del estado civil*

Para probar la posesión notoria del estado civil de hijo, el artículo 200 del Código Civil exige un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. Es decir, no bastan los testimonios –que, en todos los casos, deben ser más de uno, al estar redactado el vocablo en plural–, a ellos deben sumarse, por la conjunción «y» que utiliza este cuerpo legal, otros antecedentes o circunstancias<sup>9</sup>. Luego, el Código Civil es aún más exigente, debido a que establece que estos antecedentes y circunstancias deben ser «fidedignos» y deben establecer la posesión notoria de un modo «irrefragable».

El artículo 4° de Ley No. 19.253, por su parte, dispone que para acreditar la posesión notoria del estado civil bastará la información testimonial de parientes o vecinos o un informe de la Corporación suscrito por el director. Es decir, con la sola prueba testimonial (que tendrá que consistir en más de un testimonio, al referirse la norma citada a «parientes» o «vecinos», utilizando estos vocablos en plural), puede probarse la posesión notoria del estado civil.

De lo anterior concluimos otra diferencia con el artículo 198 inciso 2° del Código Civil, que establece que para la determinación de la paternidad y la maternidad es insuficiente por sí sola la prueba testimonial.

---

<sup>8</sup> Ley No. 19.253 de 1993. Artículo 1° inciso 3°: «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...».

<sup>9</sup> Ramos (2016) 438.

### 3.3 Efectos de la posesión notoria del estado civil

El Código Civil, en su artículo 200, dispone que la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación. Hace plena prueba respecto de la filiación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 201, inciso 2º<sup>10</sup>.

El artículo 4º de la Ley No. 19.253 señala que la posesión notoria del estado civil será título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que conforme a las leyes comunes emanen de la filiación.

Ambas legislaciones se diferencian en relación con sus efectos. En un juicio de filiación, se puede probar la posesión notoria y pueden estar presente todos sus elementos y requisitos, sin embargo, aun así podría no establecerse la filiación según este medio de prueba y, como consecuencia, no dar lugar a los derechos y obligaciones que emanan de ella, si el juez prefiere las pruebas biológicas, según lo señalado por el artículo 201, inciso 2º, del Código Civil. Al contrario, en la Ley No. 19.253, estableciéndose la posesión notoria del estado civil de hijo, el indígena siempre tendrá los derechos y obligaciones que nacen de la filiación según la ley civil. Lo anterior es consecuencia de la naturaleza jurídica que se le atribuye a la posesión notoria en cada cuerpo legal, lo que pasaremos a tratar a continuación.

### 3.4 Naturaleza jurídica de la posesión notoria del estado civil

Antes de la reforma de la Ley No. 19.585, que entró en vigor el 27 de octubre de 1999, el artículo 311 del Código Civil<sup>11</sup> regulaba la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, como una prueba supletoria de dicho estado civil. Posteriormente, la Ley No. 19.585 derogó este artículo y trasladó la posesión notoria del estado de hijo

<sup>10</sup> Referido al caso en que exista contradicción entre las pruebas biológicas y la posesión notoria del estado civil, prevalece esta última, salvo que existan graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar esta regla, caso en el que el juez puede decidir dar prioridad a las pruebas biológicas.

<sup>11</sup> Código Civil, artículo 311, edición 1994.



al actual artículo 200, como prueba de la filiación en el contexto de un juicio de filiación, bajo el Título VIII del Libro I «De las acciones de filiación»<sup>12</sup>.

De esta manera, el actual artículo 309 del Código Civil, en su inciso 2°, dispone: «La filiación, a falta de partida o subinscripción, solo podrá acreditarse o probarse por los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente. A falta de estos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII», dentro de los cuales se encuentra regulada, como señalamos anteriormente, la prueba de la filiación por la posesión notoria del estado civil de hijo.

Con la dictación de la Ley No. 19.585, en el Código Civil la posesión notoria deja de ser una prueba supletoria del estado civil de hijo, para pasar a ser una prueba de la filiación que debe rendirse solamente en un juicio de filiación<sup>13</sup>.

Por otra parte, en relación con la naturaleza jurídica de la posesión notoria del estado civil de hijo en la Ley No. 19.253, regulada en el artículo 4°, pueden darse dos interpretaciones. En una interpretación restringida, la posesión notoria es un medio de prueba que debe producirse solo en un juicio de filiación, según lo dispuesto en los artículos 200 y 309 del Código Civil, normas que priman sobre el artículo 4° de la Ley No. 19.253. Por otra parte, si seguimos una interpretación amplia, la constitución del estado civil de hijo puede verificarse no solo mediante un juicio de filiación –juicio contradictorio– iniciado al ejercer una acción de filiación de las que establece el Código Civil, sino, además, por la posesión notoria de dicho estado, demostrada en un procedimiento voluntario sin legítimo contradictor<sup>14</sup>, ya que esta norma señala que la posesión notoria puede establecerse «en cualquier gestión judicial». Es decir,

<sup>12</sup> Abeliuk (2000) 149.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 150.

<sup>14</sup> Espada (2016) 289: «En este sentido, dado que en la normativa indígena la forma de establecimiento de la filiación no depende del vínculo biológico entre progenitores e hijos, no parece oportuno exigir como requisito que la contradicción se produzca para que pueda darse por establecida la filiación».

de esta interpretación se sigue que la Ley No. 19.253 establece un nuevo título de atribución de la filiación: la posesión notoria del estado civil<sup>15</sup>. Esta interpretación amplia es la que ha seguido la Corte Suprema, como se expondrá más adelante.

#### 4. UN CASO SOBRE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY NO. 19.253

La Corte Suprema<sup>16</sup> ha seguido la interpretación amplia del artículo 4° de la Ley No. 19.253. En un procedimiento voluntario iniciado por un interesado perteneciente a la etnia mapuche, se solicitó se declarara su estado civil de hijo de otra persona de la misma etnia por la posesión notoria de dicho estado civil.

La sentencia de primera instancia rechazó la solicitud, considerando la interpretación restringida que se expuso más arriba, es decir, sostuvo que la posesión notoria del estado civil de hijo es una prueba de la filiación que debe rendirse dentro de un juicio de filiación cuando se ha deducido una demanda o acción de filiación. Lo anterior se fundamenta en los artículos 200 y 309 del Código Civil<sup>17</sup>.

En contra de esta sentencia se interpuso un recurso de apelación. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia, haciendo prevalecer las normas de filiación del Código Civil por sobre el artículo 4° de la Ley No. 19.253, por lo tanto, resolvió que

---

<sup>15</sup> Acuña (2013) «En consecuencia, la posesión notoria, de acuerdo con su derecho consuetudinario, cumple un rol diverso a la de la posesión notoria del Código Civil, dado que mientras en este último es solo un medio que sirve para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación incluso de modo preferente a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción, cumplidas cierta exigencias (que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable), en el ámbito indígena constituye un título, que reconoce la existencia del estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios». En este sentido, también Espada (2016) 287.

<sup>16</sup> R.L.,D. (2016).

<sup>17</sup> *Idem*.

no procedería, en este caso, la tramitación en un procedimiento voluntario, sin un legítimo contradictor<sup>18</sup>.

En contra de la resolución de la Corte de Apelaciones, se dedujo un recurso de casación en el fondo en el que se invocó la vulneración del artículo 4° de la Ley No. 19.253, entre otras normas. Entre los principales argumentos del recurrente se encuentran los siguientes: en el Código Civil, la posesión notoria es un medio de prueba de la filiación, al contrario, en el artículo 4° de la Ley No. 19.253, la posesión notoria es «constitutiva de filiación»; esta última norma es ley especial y, por lo tanto, prima por sobre las normas del Código Civil y, además, según texto expreso de la ley, puede probarse en «cualquier gestión judicial». Menciona también que los fines de la Ley Indígena y el Convenio No. 169 de la OIT «se orientan a fomentar, reconocer y proteger los valores, prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos»<sup>19</sup>.

La Corte Suprema señala que existen dos puntos que dilucidar en este caso: si el artículo 4° de la Ley No. 19.253 debe aplicarse con preferencia a las normas de filiación del Código Civil y si puede decretarse la posesión notoria del estado civil de hijo en un procedimiento voluntario. Frente a estas interrogantes, la Corte Suprema concluye que la norma citada de la Ley No. 19.253 constituye norma especial que debe aplicarse con preferencia a la normativa común y que, atendido su tenor literal, la constitución del estado de filiación a través de la posesión notoria puede verificarse en «cualquier gestión judicial» y, por lo tanto, en un procedimiento voluntario<sup>20</sup>.

Para sostener lo anterior, la Corte Suprema argumenta que el antecedente del artículo 4° de la Ley No. 19.253 es el artículo 29 del Decreto No. 4.111 de 1931<sup>21</sup> y, a su vez, el antecedente de esta norma

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> VV.AA. (2007) 111. Decreto No. 4.111 de 1931, artículo 29: «La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer o hijo, se considerará como título bastante para constituir a favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes a favor de los padres, cónyuges e hijos legítimos».

es la ley de 4 de agosto de 1874<sup>22</sup>. Estos artículos ya consideraban la posesión notoria como «título bastante» para constituir la filiación.

De esta manera, en el caso que se comenta, la Corte toma en consideración el informe emitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, acoge el recurso de casación en el fondo y procede a dictar sentencia de reemplazo, la que acoge la solicitud<sup>23</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Tanto el Código Civil como la Ley No. 19.253 tratan la posesión notoria del estado civil, sin embargo, difieren en cuanto a los elementos que la constituyen, sus requisitos de prueba en un procedimiento judicial, sus efectos y, principalmente, su naturaleza jurídica, ya que en el Código Civil constituye un medio de prueba para dar por establecida la filiación y, en la Ley No. 19.253, la postura que ha prevalecido la considera un nuevo título para atribuir la filiación.

Ahora, si la posesión notoria en la Ley Indígena es un nuevo título de atribución de la filiación y esta se puede hacer valer en cualquier gestión judicial (como, por ejemplo, un procedimiento voluntario sin un legítimo contradictor), surge una serie de interrogantes que, lamentablemente, la ley no resuelve expresamente<sup>24</sup>: ¿el artículo 4° de la Ley No. 19.253 establece una acción de posesión notoria que podría ejercer cualquier persona, o solo están legitimados para iniciar este procedimiento quienes pertenezcan a una etnia indígena? ¿Existe la posibilidad de que una persona, cuya filiación ha sido determinada legalmente según las normas del Código Civil, pueda probar la posesión notoria en un procedimiento voluntario, sin legítimo contradictor y establecer una nueva filiación a su respecto?

<sup>22</sup> VV.AA. (2007) 43. Ley de 4 de agosto de 1874, artículo 9°: «La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer o hijo, se tendrá como título bastante para constituir a favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes a favor de los padres, cónyuges e hijos legítimos».

<sup>23</sup> R.L.,D. (2016).

<sup>24</sup> Ver Espada (2016), que trata alguno de estos temas al analizar una sentencia de la Corte Suprema.

¿Existe algún plazo para intentar este procedimiento voluntario?

¿Existe transmisibilidad activa para iniciarlo?

Sin embargo, el problema más importante al establecer la filiación de una persona a través de un procedimiento voluntario, en que no existe un legítimo contradictor, radica en que los efectos de la sentencia pueden alcanzar a terceros y perjudicar sus derechos, sin haber tenido la posibilidad de proceso racional y justo. Ahora, cabe preguntarnos qué acción pueden ejercer estos terceros en defensa de sus derechos. Nuevamente, la Ley No. 19.253 no señala nada. Es en estos casos donde debe recurrirse a la normativa común en esta materia: el Código Civil. El problema radica en que las normas sobre filiación están establecidas siguiendo principios como el de la libre investigación de la paternidad o maternidad y donde se privilegia la verdad biológica<sup>25</sup>. Lo anterior es muy distinto a los fines que, hemos señalado, sigue la Ley No. 19.253: respetar las tradiciones, costumbres y cultura indígena, en otras palabras, «validar el estado civil adquirido conforme a su derecho consuetudinario»<sup>26</sup> donde prima, por lo tanto, una realidad social que debe aplicarse con preferencia al derecho común<sup>27</sup>. Este es el problema que deberán resolver los tribunales frente a un caso que llegue a su conocimiento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abeliuk Manasevich, René (2000): *La filiación y sus efectos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

<sup>25</sup> Gómez de la Torre (2007) 47-48.

<sup>26</sup> Acuña (2013).

<sup>27</sup> En este sentido, Espada (2016) 290. Concordamos con la autora, quien al comentar la sentencia de la Corte Suprema en el caso L.L.,E. , señala: «Creemos oportuno matizar esta última precisión del tribunal, ya que la determinación de la filiación en materia indígena –como ya se mencionó– no se basa en la Biología, sino en la acreditación por parte de testigos de la pertenencia a una comunidad por ser hijo de uno de sus miembros. Parece que admitir la contradicción cuando esta determinación de la filiación perjudique los derechos de otros indígenas, sería difícil de armonizar con el respeto a esta concepción cultural de la forma de constitución y acreditación de su calidad de indígenas».

- Acuña San Martín, Marcela (2013): «Etnias, estado civil y familia». Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/07/26/Etnias-estado-civil-y-familia.aspx>. [Fecha de consulta: 26.10.2018].
- Claro Solar, Luis (1979): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) V. II. Tomo IV.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007): *El sistema filiativo chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Espada Mallorquín, Susana (2016): «Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales». *Revista chilena de derecho privado*, 27, pp. 285-291. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000200009>. [Fecha de consulta: 26.10.2018].
- Ramos Pazos, René (2016): *Derecho de familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición) Tomo I y II.
- Rossel Saavedra, Enrique (1994): *Manual de derecho de familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).
- Valenzuela Reyes, Mylene y Oliva Fuentealba, Sergio (2007): *Recopilación de legislación del Estado chileno para pueblos indígenas 1813-2006* (Santiago, Librotecnia).

## NORMAS CITADAS

- Código Civil chileno, edición 1994.
- Código Civil chileno, edición 2015.
- Ley No. 19.253 (5/10/1993) Ley que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
- Decreto No. 4.111 de 12 de junio de 1931. Fija el texto definitivo de las disposiciones sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicaciones de indígenas.
- Ley de 4 de agosto de 1874 sobre enajenación de terrenos situados en territorio araucano.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- R.L.,D. (2016): Corte Suprema, 23 de junio de 2016 (recurso de casación en el fondo). Disponible en <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/roa+llaulen/WW/vid/643665809>. [Fecha de consulta: 08.10.2019].







Este libro se terminó de imprimir  
en Santiago de Chile,  
marzo de 2020

Teléfono: 22 22 38 100 / ril@rileditores.com

Se utilizó tecnología de última generación que reduce el impacto medioambiental, pues ocupa estrictamente el papel necesario para su producción, y se aplicaron altos estándares para la gestión y reciclaje de desechos en toda la cadena de producción.

Uno de los grandes ejes de discusión pública en Chile, ha sido la relación existente entre el Estado y el pueblo Mapuche. Los diversos problemas jurídicos, sociales y culturales que la afectan, además de tener una profunda raigambre histórica, han asumido una relevancia central en el debate político contemporáneo.

Este libro recoge los trabajos presentados por académicos y estudiantes en las Terceras Jornadas Nacionales de la Facultad de Derecho, celebradas en Temuco los días 23 y 24 de agosto de 2018, que tuvieron por objeto el estudio de los diversos desafíos que implica esta relación en el ámbito del Derecho y de las políticas públicas. El principal objetivo de esta obra es reunir los estudios de los autores y presentarlos a la comunidad en un formato académico. Cuenta con un prólogo y catorce trabajos científicos, agrupados en cuatro grandes materias que se corresponden con los capítulos del libro: derechos fundamentales, formas de Estado, orden y seguridad pública, y fomento económico, social y cultural del pueblo Mapuche.

De esta forma, el libro confirma la vocación y compromiso de nuestra Facultad con la reflexión y difusión de los grandes temas relacionados con nuestra sociedad y su interacción con la comunidad nacional e internacional, ofreciendo un espacio de análisis y difusión en un marco participativo y académico.



RIL editores

ISBN 978-956-01-0774-9



9 789560 107749