ESTUDIOS PÚBLICOS

Nº 121 *VERANO* *2011*

Harald Beyer
¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas Casen

José Miguel Valdivia
Alcances jurídicos del Convenio 169

Andrés Fernández y Cristhian de la Piedra
Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias

Santiago Montt y Manuel Matta
Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile

Elina Mereminskaya
El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas

Jorge Zanelli
Dilema energético: La energía nuclear

Renato Cristi
La independencia de Chile y el republicanismo (*La Creación de la República,* de Vasco Castillo)

Alfredo Jocelyn-Holt
Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX), de Gabriel Salazar

Rolf Lüders
Comentario al libro de Gabriel Salazar *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX)*

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

ESTUDIOS PÚBLICOS

Nº 121 verano 2011

ESTUDIOS PÚBLICOS
editada por el Centro de Estudios Públicos (www.cepchile.cl)

Director Responsable Arturo Fontaine

Comité Editorial Enrique Barros, Harald Beyer, Sebastián Edwards, Cristián Eyzaguirre, Juan Andrés Fontaine, David Gallagher, Juan Pablo Illanes, Felipe Larraín, Lucas Sierra, Rodrigo Vergara

Secretaria de Redacción María Teresa Miranda H.

Secretaria Ejecutiva Ana María Folch V.

Estudios Públicos, revista de humanidades y ciencias sociales, es una publicación académica y multidisciplinaria. Aparece trimestralmente en forma impresa y electrónica (ISSN 0716-1115; ISSN 0718-3089). Los trabajos publicados han sido previamente aceptados por especialistas mediante un proceso de arbitraje ciego. Los artículos son responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de los editores ni del Centro de Estudios Públicos.

Toda colaboración debe ceñirse a las normas de *Estudios Públicos* que se indican al final de la revista. Las contribuciones, así como todo comentario y correspondencia, deben dirigirse a: *Estudios Públicos*, Monseñor Sótero Sanz 162, C. Postal 7500011 Providencia, Santiago, Chile. Teléfono: 328-2417. Fax: 328-2440.

© Centro de Estudios Públicos.
Toda reproducción total o parcial de los artículos está prohibida sin la debida autorización del Centro de Estudios Públicos.

Ediciones impresa y electrónica de *Estudios Públicos*
En la edición impresa sólo se publican trabajos en castellano. Los resúmenes de los artículos se incluyen en castellano y en inglés.
En el sitio de internet del Cep, www.cepchile.cl, aparte de los trabajos en castellano publicados en *Estudios Públicos* se incluyen también las versiones en inglés de algunos trabajos, así como los sumarios de todos los números anteriores e índices por autores y temas.

Print and online editions of *Estudios Públicos*
In the print edition of *Estudios Públicos*, papers and documents are published only in Spanish, and abstracts both in Spanish and English. The online edition of *Estudios Públicos* is published on CEP's web site, www.cepchile.cl, which includes all the papers in Spanish, as well as the contents of previous editions, and author and subject indexes. The English versions of a number of papers and documents are also available in the online edition.

Indexación
Estudios Públicos está, entre otros índices, en *Clase* (Universidad Nacional Autónoma de México)*; Handbook of Latin American Studies* (Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos); *HAPI* (Universidad de California, Los Angeles); *International Political Science Abstracts* (International Political Science Association); *PAIS International in Print* (OCLC).

Suscripciones
Pedidos directos al CEP. Monseñor Sótero Sanz 162. Santiago, Chile.
Teléfono: 328-2400. Fax: 328-2440 (Formulario de suscripción en última página.)

ISSN 0716-1115 edición impresa; ISSN 0718-3089 edición en línea.

Composición: Pedro Sepúlveda; *diagramación*: David Parra

Impreso en *Andros Productora Gráfica*.
Hecho en Chile / Printed in Chile, 2011.

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

Nº 121 verano 2011

ÍNDICE

Harald Beyer	*Estudio* ¿Qué veinte años no es nada...? Una mirada a la desigualdad de ingresos a partir de las encuestas Casen	5
José Miguel Valdivia	*Estudio* Alcances jurídicos del Convenio 169	35
Andrés Fernández y Cristhian de la Piedra	*Estudio* Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias	71
Santiago Montt y Manuel Matta	*Estudio* Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile	133
Elina Mereminskaya	*Estudio* El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas	213
Jorge Zanelli	*Conferencia* Dilema energético: La energía nuclear	277

Libros

Renato Cristi	La independencia de Chile y el republicanismo (*La Creación de la República,* de Vasco Castillo)	301
Alfredo Jocelyn-Holt	*Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX),* de Gabriel Salazar	311
Rolf Lüders	Comentario al libro de Gabriel Salazar *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX)*	327
Abstracts		347

¿QUÉ VEINTE AÑOS NO ES NADA...? UNA MIRADA A LA DESIGUALDAD DE INGRESOS A PARTIR DE LAS ENCUESTAS CASEN

Harald Beyer

Desde 1990 se han realizado nueve encuestas Casen. Ellas recogen una importante información socioeconómica que permite ilustrar el diseño de la política social, pero también comprender la evolución de la pobreza y la desigualdad de ingresos en Chile. La primera variable muestra una tendencia declinante, más allá de la experiencia de 2009 que estuvo influida por el alza en el precio de los alimentos y las características particulares de la metodología que tradicionalmente se ha empleado para medir la pobreza en nuestro país. Este estudio aborda la segunda de estas dimensiones: la desigualdad de ingresos. A diferencia de lo que ha sucedido con la pobreza ésta parece no ceder y mantiene una estabilidad en niveles altos. Además, la última medición reveló un importante aumento, respecto de encuestas anteriores, en la razón de los ingresos autónomos del décimo y del primer decil de ingresos. Sin embargo, ese aumento en la brecha estuvo muy ligado a la crisis económica que vivió el país, al igual que el resto del mundo, durante 2009.

Harald Beyer. Ingeniero Comercial, Universidad de Chile. Ph. D. en Economía, Universidad de California, Los Angeles. Investigador y coordinador académico del Centro de Estudios Públicos.

Estudios Públicos, 121 (verano 2011).

www.cepchile.cl

Una mirada más amplia revela que, a pesar de que los cambios son aún modestos y se avanza gradualmente, la dirección que sugieren las cifras de desigualdad reportadas por las encuestas Casen es positiva. Así, un análisis cuidadoso de los datos indica un progreso en este ámbito que la crisis no parece haber detenido, aunque indudablemente golpeó a través del impacto sobre el empleo y, por esta vía, en los ingresos autónomos de los hogares. El análisis que aquí se presenta y que pone atención en la evolución de los ingresos autónomos, los ingresos del trabajo y el efecto del aumento en la escolaridad de la población permite augurar que en el futuro la desigualdad podría seguir reduciéndose como ocurrió entre 2000 y 2006 una vez que queden atrás los inevitables efectos negativos de la crisis económica reciente. La debilidad en este cuadro positivo es el empleo, que no sólo es reducido cuando se lo compara con otros países sino que es especialmente así entre los grupos menos calificados. Los gobiernos interesados en la equidad deberían poner cada vez más atención a su evolución, porque es una herramienta muy poderosa para avanzar en ese propósito.

Palabras clave: distribución del ingreso; pobreza; escolaridad; empleo.
Recibido y aceptado: diciembre 2010.

www.cepchile.cl

Introducción

Es sabido que Chile tiene un alto nivel de desigualdad. Ésta es una particularidad que comparte con otros países de la región latinoamericana. En efecto, nuestro país se ubica aproximadamente en la zona media en materia de desigualdad entre los países de la región. Ahora bien, ésta es a su vez de las más desiguales del planeta, sólo superada por el África Subsahariano. A pesar que en los últimos 25 años Chile ha exhibido un buen crecimiento económico que lo ha acercado a los países en desarrollo, a diferencia de lo que ocurrió en buena parte del siglo XX cuando más bien se alejaba de ellos, la situación de desigualdad del país parece persistir. No parece estar importando demasiado que el país haya invertido en la escolaridad de su población, que el gasto social haya crecido y que éste se gaste en proporciones importantes en los menos aventajados. Por cierto, hay programas inefectivos, pero ello no significa que la orientación general de la política social sea equivo-

cada[1]. A pesar de ello los resultados en términos de modificación de la desigualdad son en apariencia insuficientes. Ello genera, en algunos sectores, un cuestionamiento al así llamado "modelo de desarrollo" que el país ha venido consolidando en los últimos lustros y, en otros, un llamado a elevar la carga tributaria para profundizar programas vigentes o crear otros que busquen más activamente promover una mayor igualdad de resultados. De algún modo ambas miradas se entrelazan y se pretenden esfuerzos adicionales que impacten la desigualdad de ingresos.

Sin embargo, no hay claridad respecto de cómo esos esfuerzos podrán conseguir los propósitos enunciados. Muchas veces, los argumentos se escudan en la experiencia comparada, particularmente en el hecho de que una gran mayoría de países de igual o superior ingreso per cápita exhiben tanto un mayor gasto público como una menor desigualdad (hay, por cierto, excepciones a esta regla). Con todo, no es evidente, que la gran clave para reducir las desigualdades de esos países esté en su gasto público. Es cierto que los indicadores tradicionales de desigualdad mejoran una vez que se incorporan las transferencias netas a los hogares (subsidios menos impuestos), pero el mejoramiento es a partir de valores que son bastante menores que los nacionales. Precisamente, que el punto de partida sea bastante más igualitario es lo que hace que esas transferencias netas reduzcan aún más las desigualdades[2]. En ese sentido si bien el debate respecto de cuánto transferir y cómo hacerlo no debe escabullirse, no puede olvidarse que la distribución de ingresos autónomos en Chile, es decir aquellos generados por los propios hogares sin asistencia gubernamental, es muy desigual respecto de países de mayor gasto público y nivel de ingresos.

Es indispensable, entonces, poner atención a la evolución de los ingresos autónomos de modo independiente al debate respecto del nivel apropiado de gasto público. En el caso de Chile, además, es importante reconocer que una parte importante de los bienes públicos y del gasto que en otras latitudes es de cargo de los gobiernos, en nuestro país es financiado privadamente. La mirada a esos ingresos autónomos y a su distribución es, en una primera aproximación, negativa. En los últimos años no parece haberse modificado mayormente el coeficiente Gini ni

[1] Una revisión de la política social reciente se puede encontrar en Arellano (2004).

[2] Sobre las desigualdades antes y después de transferencias netas para varios países desarrollados puede consultarse Kenworthy (2008).

las brechas de ingreso entre los hogares más y menos acomodados. Por cierto, ello puede ser el resultado de que los indicadores analizados son demasiado generales como para apreciar los cambios que puedan estar ocurriendo. También puede ser que su nivel de agregación impide ver la dinámica subyacente y que ésta vaya en la dirección esperada. En particular, que esté ocurriendo un proceso más profundo de movilidad social del que se advierte a simple vista o que todavía exista un rezago consecuencia de una historia de insuficiente e incorrecta inversión en los grupos sociales más desaventajados[3].

Quizás también esta falta de avances pueda obedecer a que se mide con una vara muy exigente los cambios que han ocurrido en los indicadores tradicionales. No cabe duda que mover la distribución del ingreso de un país no es un hecho que pueda ocurrir en plazos breves, más todavía cuando están ocurriendo fenómenos de diversa índole que en el corto plazo pueden jugar en contra de este propósito y que son propios de una economía que aún no se consolida. Por ejemplo, la expansión de la tasa de participación femenina ha ocurrido muy gradualmente y se ha producido con más fuerza entre las mujeres de más alto nivel escolar. Así, entre 1990 y 2009 la tasa de participación de la mujer de doce años de escolaridad y más subió de 49 a 56 por ciento mientras que la de siete años y menos se mantuvo constante en 22 por ciento. La participación de la mujer con escolaridad de entre 8 y 11 años subió en el mismo período desde un 26 a un 32 por ciento. Si se considera que la escolaridad de las parejas está altamente correlacionada en Chile, el efecto sobre la desigualdad de ingresos de esta dispar evolución en las tasas femeninas de participación es evidente.

Aunque todo esto es cierto, es posible detenerse en los indicadores más habituales y distinguir algunos elementos que hacen pensar que si bien la desigualdad no va a reducirse de manera abrupta, las posibilidades de que estemos frente a un proceso gradual de avances en esta dimensión no se pueden desechar del todo. Los antecedentes disponibles sugieren que estos avances son consistentes y que ellos no se diluyeron con la crisis económica de fines de 2008 y del primer semestre de 2009. Destacan al respecto los cambios en la forma en que se

[3] Sapelli (2009) hace un buen análisis respecto de estas materias y observa mirando cambios en la desigualdad entre generaciones y recogiendo la información disponible sobre movilidad social que los indicadores tradicionales no permiten apreciar los enormes cambios que se avecinan en reducción de desigualdades y mayor movilidad social.

estructura la distribución del ingreso autónomo per cápita, la reducción en las diferencias salariales y el cierre de las brechas de escolaridad. Por supuesto, estos cambios han sido acompañados por otros que exhiben un comportamiento que es contradictorio con el propósito de reducir la desigualdad. En particular, la evolución del empleo sugiere que se ha ido reduciendo el espacio para los trabajadores menos calificados. Este estudio repasa en las secciones siguientes estos aspectos. El panorama que emerge de esta labor es que la estabilidad que se observa en la distribución del ingreso es más aparente que real y que hay cambios que auguran que en el futuro se podría observar una reducción no despreciable en la desigualdad de ingresos.

1. Los indicadores agregados

La forma tradicional de evaluar la evolución de la desigualdad es a través de las razones de ingresos entre deciles o entre quintiles y el coeficiente Gini[4]. Los informes oficiales sobre desigualdad típicamente reportan estos indicadores. El Cuadro Nº 1 reproduce algunos de los antecedentes divulgados en la última medición de la encuesta Casen correspondiente a 2009 para los ingresos autónomos y monetarios. Es importante aclarar que para ordenar a los hogares se calcula el ingreso autónomo per cápita de cada uno de ellos. Se ordena a los hogares de acuerdo a este indicador de menor a mayor y se dividen en diez grupos iguales. Ese proceso determina cada decil. Así, la razón 10/10 divide la proporción del ingreso autónomo total que recibe el 10 por ciento de mayores ingresos y el 10 por ciento de menores ingresos. Como en Chile, producto de la elevada desigualdad, la proporción de ese ingreso que captura el décimo decil es elevada, ese indicador es muy sensible a pequeños cambios en esas proporciones. Ello explica el fuerte aumento en la razón 10/10 entre 2006 y 2009. El coeficiente Gini muestra un cambio menor y resulta evidente que en 2009 la desigualdad sigue siendo menor que en 2000 y que los años previos. Por ello es importante mirar en conjunto todos los indicadores antes de extraer conclusiones muy precipitadas.

[4] Hay que recordar que este coeficiente puede tomar valores entre 0 y 100 (o entre 0 y 1), siendo este último el valor que se le asigna al coeficiente en caso de desigualdad absoluta (todo el ingreso de un país se concentra en una sola mano). Si toma el valor cero significa que todos los hogares o individuos acceden a igual proporción del ingreso nacional y, por tanto, hay igualdad total.

www.cepchile.cl

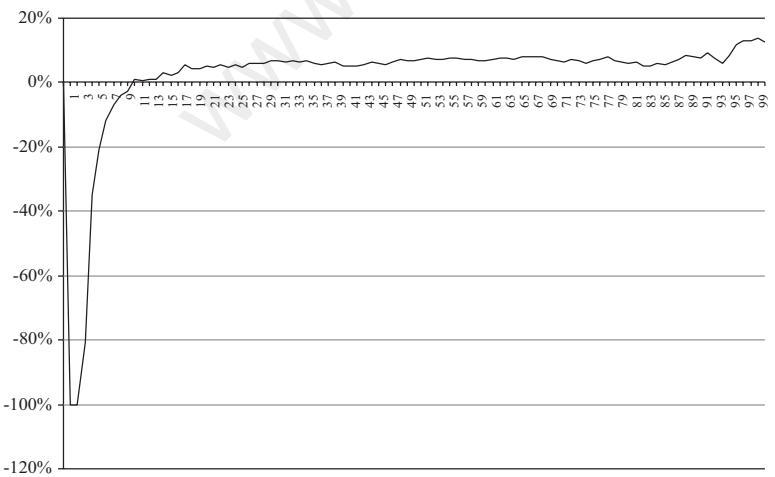
CUADRO Nº 1: INDICADORES DE DESIGUALDAD PARA INGRESOS AUTÓNOMOS Y MONETARIOS
(Hogares ordenados por ingreso autónomo per cápita)

	1990	1996	2000	2006	2009
Autónomos					
Razón 10/10	30,5	33,0	34,2	31,3	46,0
Gini	0,57	0,57	0,58	0,54	0,55
Monetarios					
Razón 10/10	27,1	25,7	29,5	23,9	25,9
Gini	0,56	0,56	0,58	0,53	0,53

Fuente: Mideplan.

En este caso particular parece razonable concluir que ha habido un cambio no despreciable en la desigualdad a partir de 2000 y que la crisis de 2009, a pesar de su profundidad, no lo revirtió. Para sostener este punto es indispensable dar cuenta de por qué aumentó la razón 10/10 para los ingresos autónomos. El Gráfico Nº 1 es ilustrativo al respecto.

GRÁFICO Nº 1: VARIACIÓN PORCENTUAL EN INGRESOS AUTÓNOMOS PER CÁPITA ENTRE 2006 Y 2009[5]
(Por centil de ingreso per cápita de los hogares)



Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas Casen.

[5] Respecto del gráfico es importante tener en cuenta que en ambos años el centil de menores ingresos era igual a cero. Para estos casos la variación porcentual no está definida y, por ello, el Gráfico tiene en su extremo izquierdo esa forma tan particular.

www.cepchile.cl

Es evidente que hubo una caída muy importante en los ingresos de algunos hogares, al grado de que poco más de un tres por ciento de los hogares reporta ingresos autónomos iguales a cero (típicamente en las encuestas Casen sólo un uno por ciento de los hogares reporta ingresos iguales a cero). Los siguientes centiles también reportan caídas en sus ingresos reales y sólo a partir del percentil 10 comienzan a manifestarse variaciones positivas en el ingreso autónomo per cápita de los hogares. Si se piensa que la principal fuente de ingresos autónomos es el trabajo, no cabe duda que este fenómeno estuvo relacionado con la pérdida de empleo o la imposibilidad de mantener un empleo durante el año 2009. Por cierto estos números también revelan las limitaciones de una encuesta que sólo realiza una medición puntual. Es poco probable que esa caída de ingresos autónomos haya sido permanente durante, por ejemplo, todo el año 2009.

Ahora bien, el Cuadro Nº 1 también muestra que el cambio en la razón 10/10 para los ingresos monetarios sufre variaciones bastante menores que las observadas para los ingresos autónomos, particularmente entre 2006 y 2009. Se revela así el efecto moderador que las transferencias en dinero tienen en períodos de crisis. Por cierto, estas transferencias no son muy significativas, algo que se puede ver en el hecho de que los coeficientes Gini para ingresos autónomos y monetarios son prácticamente equivalentes[6]. Sin embargo, para los grupos de ingresos reducidos no dejan de ser relevantes. Ello se puede ver más claramente en el Cuadro Nº 2 que presenta las razones 10/10 en 2006 y 2009, pero ahora ordenando los hogares de dos formas alternativas: de acuerdo al ingreso monetario per cápita de los hogares, de modo de reconocer las transferencias en dinero, y de acuerdo al ingreso per cápita total, que suma al factor anterior el arriendo imputado por la propiedad de vivienda. Este último factor es importante de considerar porque se asemeja al concepto de ingreso permanente, toda vez que la vivienda propia genera un flujo de servicios que tiene un valor económico que no se puede desconocer.

Es claro que las razones 10/10 tienden a disminuir, porque proporcionalmente los subsidios en dinero y la imputación por vivienda representan una parte más importante de los ingresos autónomos para los hogares de menores ingresos. Además, al ordenarse por ingreso mone-

[6] Esto también ocurriría si los subsidios monetarios se entregaran más o menos en proporción a la distribución de los ingresos autónomos, pero sabemos que ellos están relativamente bien focalizados.

www.cepchile.cl

CUADRO Nº 2: RAZÓN 10/10 PARA INGRESOS MONETARIOS Y TOTALES EN 2006 Y 2009
(Hogares ordenados por ingresos monetarios y totales per cápita)

	2006	2009
Ingresos monetarios	22,2	24,5
Ingresos totales	18,9	20,6

Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas Casen.

tario y total per cápita se recogen de mejor forma las interacciones entre los ingresos autónomos de los hogares, las características propias de la política social y la situación de vivienda. Por cierto, a partir de estos antecedentes agregados no es posible explorar las perspectivas futuras sobre la desigualdad de ingresos. Las siguientes secciones indagan más sobre estos asuntos.

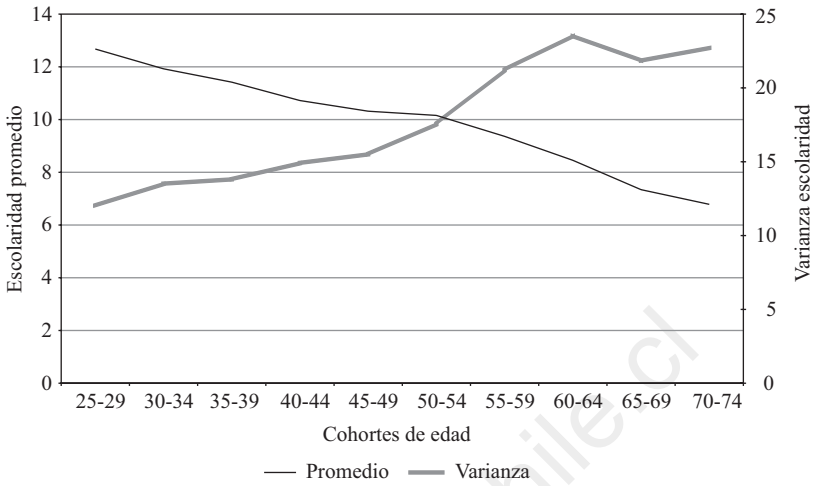
2. Una mirada más integral a la distribución de ingresos

La persistencia de la desigualdad no es algo que debería sorprender, toda vez que la inversión en áreas relevantes para revertir esta situación como es, por ejemplo, la masificación de la educación tomó mucho tiempo[7]. El Gráfico Nº 2, elaborado para distintas cohortes de edad sobre la base de la encuesta Casen 2009, es un modo didáctico de presentar ese atraso. La escolaridad de las generaciones mayores no sólo era, en promedio, reducida sino que exhibía una alta dispersión medida por la varianza. Es decir, un pequeño grupo tenía una alta escolaridad y una proporción relativamente grande exhibía bajos niveles de escolaridad. Se constata que sólo en las generaciones más jóvenes se han alcanzado

[7] No es fácil saber exactamente cuánto era la desigualdad en Chile en el pasado lejano, pero de acuerdo a Williamson (2009) hacia 1861 el coeficiente Gini alcanzaba un valor de 63,7. El estudio de Williamson sugiere, además, que los países latinoamericanos no habrían estado entre los más desiguales con anterioridad a la última parte del siglo XIX. Incluso es posible que en los siglos anteriores hayan sido más igualitarios que los europeos. El gran distanciamiento se habría producido, entonces, en los últimos 150 años y particularmente durante el siglo XX. En su opinión la evidencia, aunque reconoce que es dispersa, contrasta con la convención más aceptada de que América Latina siempre fue desigual.

www.cepchile.cl

GRÁFICO Nº 2: PROMEDIO Y VARIANZA DE ESCOLARIDAD PARA DISTINTAS COHORTES DE EDAD



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Casen 2009.

niveles razonables de escolaridad. En estos grupos se observa no sólo un aumento en la escolaridad sino que menores brechas al interior de ellos que explican la menor dispersión graficada en esta figura.

Una forma alternativa de visualizar los cambios que han ocurrido en materia de escolaridad es revisar el Cuadro Nº 3 que compara la distribución de escolaridad de la población entre 25 y 34 años (es decir los nacidos entre 1975 y 1984) y la de 55 a 64 años (es decir los nacidos entre 1945 y 1954).

CUADRO Nº 3: DISTRIBUCIÓN DE ESCOLARIDAD PARA DOS COHORTES DE EDAD

	25-34 años	55-64 años
0-8	15%	50%
9-12	49%	33%
13 y más	36%	17%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Casen 2009.

www.cepchile.cl

Es evidente que la escolaridad de la población ha cambiado de modo significativo en el lapso de una generación (30 años). Estos cambios y aumentos en la escolaridad comienzan a manifestarse cada vez con más intensidad en la fuerza de trabajo. El Cuadro Nº 4 muestra la distribución por escolaridad de la fuerza de trabajo en 1990 y 2009.

CUADRO Nº 4: DISTRIBUCIÓN POR ESCOLARIDAD DE LA FUERZA DE TRABAJO

	1990	2009
0-8	40%	24%
9-12	38%	48%
13 y más	22%	28%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de encuestas Casen 1990 y 2009.

www.cepchile.cl

Por cierto, las brechas de escolaridad seguirán reduciéndose y se observarán cambios adicionales en la distribución por años de educación. Si se invierte apropiadamente[8], este cierre es natural toda vez que la escolaridad formal tiene techo y que sus aumentos entre la población más joven elevan gradualmente los mínimos de escolaridad en la fuerza de trabajo. Como en ésta aún permanece un grupo de personas con baja escolaridad el efecto sobre la desigualdad de ingresos es incierto en una primera etapa. La razón de ello es que al interior de los grupos más jóvenes el cierre de brechas en educación efectivamente puede reducir las diferencias de ingreso, dado que ambas variables están positivamente correlacionadas. Sin embargo, el aumento de la escolaridad de las generaciones más jóvenes puede aumentar las diferencias de ingreso con las mayores. Así, el efecto sobre la desigualdad de ingresos medida, en este caso, por la varianza de estos es incierta. Por supuesto, son muchos otros factores que están influyendo en la evolución de los ingresos de hogares y personas. Algunos de ellos están influidos directa o indirectamente por la educación como la caída en la tasa de fecundidad o la mayor participación de la mujer en la fuerza de trabajo. Otros no están re-

[8] Este aspecto es importante tenerlo en mente, porque a menudo se da por sentado que se invertirá apropiadamente, pero no siempre ocurre así como sugiere la propia experiencia chilena durante una buena parte de su historia como nación independiente.

lacionados con aspectos educacionales como son los ciclos económicos, los cambios tecnológicos[9], la importancia, financiamiento, efectividad y foco del gasto público, las características de los flujos internacionales de bienes y servicios, las modificaciones en precios relativos relevantes para la economía nacional o la transformación de regulaciones importantes en los mercados de bienes y factores productivos nacionales[10]. Por cierto, ese listado no pretende ser exhaustivo y tampoco establecer el peso relativo de cada uno de sus componentes, si alguno, en el aporte a la desigualdad que se observa en el país.

La interacción de todos estos elementos hace difícil distinguir entre aspectos permanentes y circunstanciales en la desigualdad de ingresos. Pero ello no significa que los primeros no estén presentes. Así, por ejemplo, si contrastamos el coeficiente de Gini hacia 1861 y el actual, observamos una reducción relevante en la desigualdad aunque no podamos identificar con exactitud el momento en que se produjo ese quiebre y qué lo causó. Probablemente ocurrió con gradualidad y como consecuencia de un conjunto de elementos no todos observados en su momento, reflejo de que en esta dimensión los cambios ocurren sin que sean notados con precisión. Ahora que se reúne información sobre ingresos con más periodicidad y que ésta suele ser de mejor calidad quizás los cambios siguientes puedan comenzar a detectarse con anticipación. Al respecto, el Gráfico Nº 3 puede ser ilustrativo. En él se muestra la distribución de los ingresos autónomos per cápita de los hogares para distintos años en las últimas dos décadas.

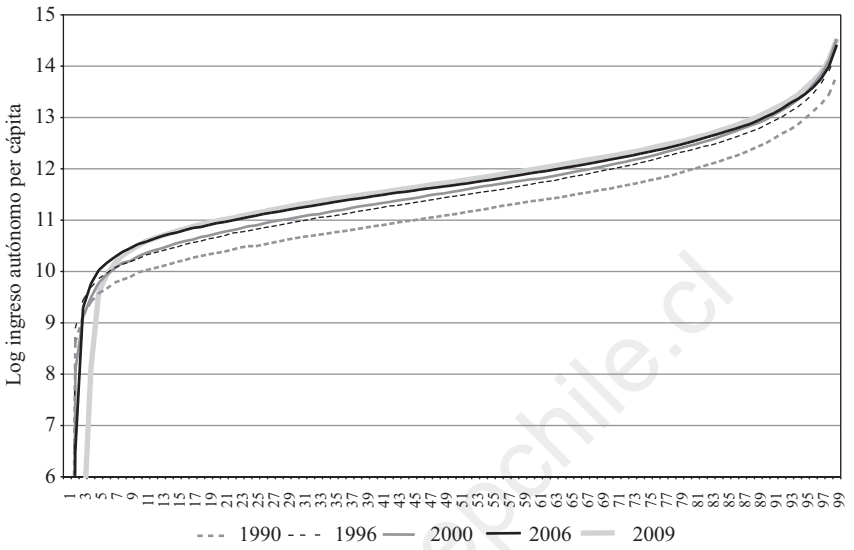
Una lectura cuidadosa del Gráfico Nº 3 permite apreciar que entre 1990 y 2000 la forma de la curva que representa el ingreso autónomo per cápita del hogar, ordenado por percentil de la distribución, no sufre mayores modificaciones. Es un desplazamiento básicamente paralelo de la curva sugiriendo que todos los hogares modificaron sus ingresos más o menos en la misma proporción, pero que la brecha entre ellos se mantuvo relativamente parecida. Entre 2000 y 2006, en cambio, el desplazamiento no es paralelo. Es más pronunciado en la parte inferior de la distribución sugiriendo una compresión en las brechas de ingreso. De hecho el coeficiente de Gini cayó desde 0,58 a 0,54 entre 2000 y

[9] Aunque en este caso se podría argumentar que está influido por cambios educacionales en otros lugares del globo.

[10] Sobre esto puede verse Beyer (2005) y la literatura ahí citada.

www.cepchile.cl

GRÁFICO Nº 3: DISTRIBUCIÓN DEL INGRESO AUTÓNOMO PER CÁPITA DEL HOGAR POR CENTIL
(Cifras corresponden al logaritmo natural del ingreso en pesos de noviembre de 2009)



www.cepchile.cl

2006 siendo ese último año el valor más bajo desde 1990[11]. Un aspecto interesante es que en 2009, a pesar de la profunda crisis económica previa al momento en que se tomó la encuesta Casen la forma de la curva no sufrió un cambio estructural. Es posible apreciar que no cambió mayormente respecto de la observada en 2006 excepto en la parte inferior de la distribución donde la curva se desploma. Ello es consecuencia, como veremos más adelante, del importante retroceso que se observó en el empleo de algunos hogares[12].

[11] Larrañaga y Herrera (2008) ya hicieron notar este fenómeno, atribuyéndolo a la caída en la tasa de natalidad en los grupos de menores ingresos que contribuye a elevar el ingreso per cápita de los hogares. El fenómeno se extendía a otras mediciones de ingreso como consecuencia de la reducción de desigualdad entre trabajadores de distintos niveles de escolaridad y una menor dispersión de salarios al interior de cada categoría educacional.

[12] Una aclaración técnica es necesaria en este punto. Hay que recordar que el Gráfico Nº 3 es una transformación logarítmica de los ingresos autónomos per cápita de los hogares. Típicamente en la Casen el primer centil aparece con ingresos autónomos iguales a cero. Para ese valor el logaritmo no está definido, de ahí que las curvas del Gráfico Nº 3 se quiebren hacia el comienzo de la distribución. En la encuesta Casen de 2009 el tres por ciento de los hogares de menores rentas reporta ingresos autónomos iguales a cero.

Esa compresión de las brechas que ocurre como una respuesta a un aumento relativo en el ingreso per cápita de los hogares que están en la parte inferior de la distribución va de la mano con la evolución de los ingresos del trabajo que se presenta en el Cuadro Nº 5. Es evidente que las diferencias en el logaritmo del ingreso laboral por hora han disminuido. Los cambios son importantes y se explican fundamentalmente por lo ocurrido en la parte inferior de la distribución de ingresos, donde se observa un mayor grado de compresión. Se aprecia, además, que estos cambios ocurrieron con más fuerza entre 2000 y 2006 y que en 2009, a pesar de la crisis, la nueva estructura de ingresos de 2006 no sufrió mayores variaciones.

CUADRO Nº 5: DIFERENCIAS EN EL LOGARITMO NATURAL DE LOS INGRESOS DEL TRABAJO POR HORA
(Diferencias para los percentiles 90, 50 y 10)

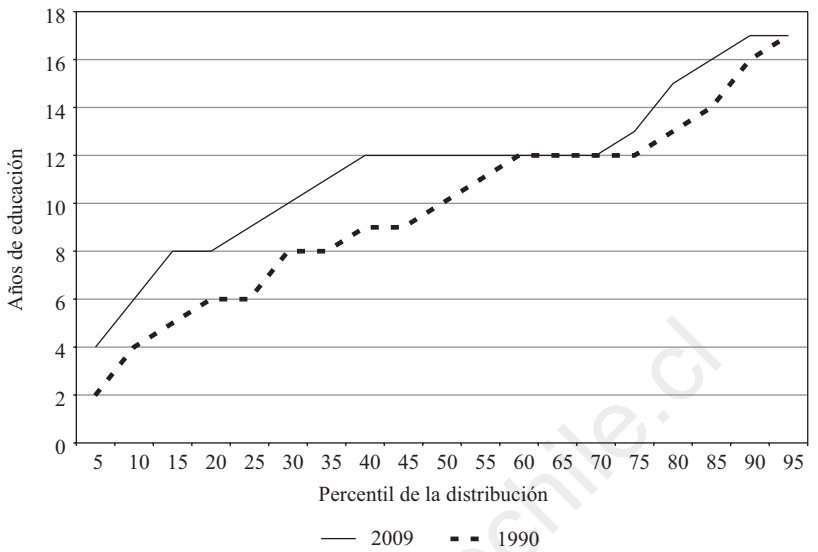
	1990	1996	2000	2006	2009
P90-P10	2,15	2,28	2,11	1,99	2,01
P90-P50	1,33	1,38	1,33	1,30	1,31
P50-10	0,82	0,90	0,78	0,69	0,70

Fuente: Elaboración propia sobre la base de encuestas Casen.

www.cepchile.cl

Esta reducción en las brechas, sobre todo en la parte inferior de la distribución de los ingresos del trabajo, puede haber sido influida por muchos factores, pero no cabe duda que los aumentos en la escolaridad en la fuerza de trabajo, reportados previamente, pueden haber influido en esta realidad. Quizás ello se aprecie mejor si observamos con más precisión cómo cambió la distribución de escolaridad de la fuerza de trabajo entre 1990 y 2009. El Gráfico Nº 4 presenta la distribución de escolaridad de la fuerza de trabajo por veintil (esto es, se divide la fuerza de trabajo en veinte grupos iguales y se observa cuál es la escolaridad que divide a cada uno de los grupos) en 1990 y 2009. En la parte inferior de la distribución se observa que la escolaridad ha crecido para cada percentil reportado entre dos y tres años. En particular, la mediana de la escolaridad de la fuerza de trabajo aumentó en dos años entre 1990 y 2009 siendo ahora equivalente a educación media completa.

GRÁFICO Nº 4: DISTRIBUCIÓN DE LA ESCOLARIDAD DE LA FUERZA DE TRABAJO



Fuente: Elaboración propia sobre la base de encuestas Casen 1990 y 2009.

www.cepchile.cl

Es evidente, además, que hay un aumento significativo de la fuerza de trabajo con doce años de educación. Ese aumento en la oferta relativa de graduados de la educación media debe tenerse en mente al momento de evaluar otros fenómenos ocurridos en las dos últimas décadas. Es posible detectar en el gráfico que ha subido la escolaridad promedio de los que cursan educación superior (la curva de 1990 va por encima de la de 1990) y que si bien ha habido un aumento en la proporción de personas que cursan algún año de educación superior ese incremento ha sido relativamente modesto, sobre todo si se compara con los cambios en la tasa de personas que completaron la educación secundaria.

Sin perjuicio de los cambios positivos ocurridos en la parte inferior de la distribución de ingresos siguen llamando la atención las enormes brechas que se observan en su parte superior. Ellas no sólo son significativas sino que muy elevadas cuando se las compara con la realidad observada en otros países más igualitarios que el nuestro[13]. Es conocido

[13] Las diferencias en ingreso por hora para el P90 y el P50 son típicamente entre dos y tres veces más. En efecto, ellas fluctúan entre 0,38 para países como Noruega hasta 0,78 para países como Suiza (Blau y Kahn, 1996 y 2005). Si se piensa que en Chile este valor es 1,31 las enormes diferencias quedan en evidencia.

el hecho de que ello está muy relacionado con el elevado premio a la educación superior en Chile, premio que ha subido fuertemente desde los 60 y que no muestra signos de debilitamiento[14]. Sobre ello trata la sección siguiente.

3. El peso de la educación

En el modelo tradicional de Mincer (1974) se asume que el ingreso del trabajo (en particular el logaritmo natural de ese ingreso) es una función de la escolaridad. Así, la relación entre ambas variables se puede explicitar por medio de la siguiente ecuación.

$$\text{Ln } y = \alpha + \beta \cdot S + \mu, \qquad (1)$$

donde Ln y representa el logaritmo natural del ingreso del trabajo (o salario) por hora y S la escolaridad de la persona; μ es el error de esta ecuación. Indudablemente esta expresión se puede extender para incorporar otras variables relevantes como pueden ser la experiencia, el género del trabajador, la región en la que presta sus servicios, su estado civil, etc. En general, el modelo es bastante flexible para acomodar todas aquellas variables que se crea puedan contribuir a explicar los ingresos laborales de una persona. Una base de datos, como la Casen, que recoge información sobre los ingresos de las personas y sus distintas características permite estimar esta ecuación y obtener una relación entre las variables explicativas y el ingreso de las personas. Típicamente, en este tipo de estimaciones la escolaridad permite explicar hasta un 40 por ciento de la varianza en los ingresos. Probablemente ello subestima el impacto de la educación porque ella también actúa indirectamente afectando otros comportamientos de la población. Asimismo, los años de escolaridad es probablemente un indicador imperfecto de las habilidades que se adquieren a través de esta inversión.

Ahora bien, tal como está expresada esa ecuación ella supone que el retorno a la educación, esto es cuánto agrega al ingreso un año adicional de educación, es independiente del nivel educativo que se esté considerando. En particular, asume que el valor estimado de β es constante para cada nivel educativo. Sin embargo, la particular estructura

[14] Sobre esto véase Beyer y Le Foulon (2002).

www.cepchile.cl

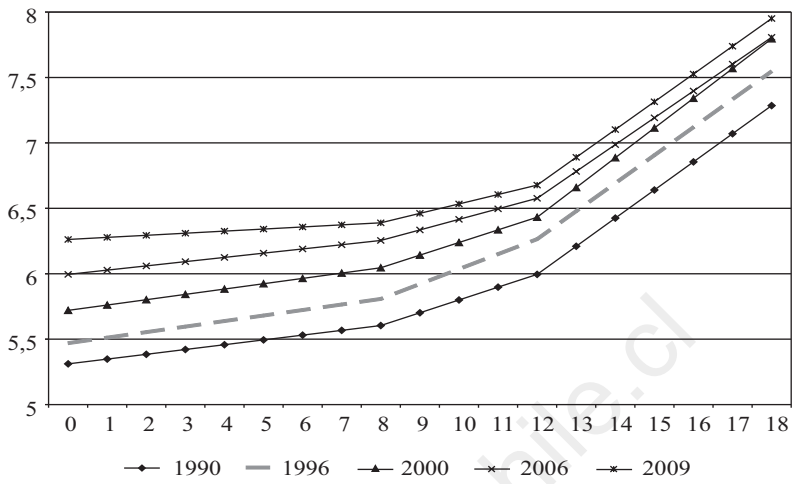
de los ingresos del trabajo en Chile, en particular que ellos aumentan su valor a tasas crecientes cuando se analiza a personas con educación superior, hace difícil aceptar ese enfoque tradicional. Sin embargo, el enfoque se puede corregir sin mayores problemas para aceptar que el premio a la educación difiere según cuál sea el nivel educativo que se esté analizando. Para evaluar qué ha pasado con el retorno a la educación en distintos niveles educativos entre 1990 y 2009 se ha procedido a estimar la ecuación antes informada bajo el supuesto de que los retornos son diferentes en los primeros ocho años de escolaridad de los cuatro siguientes y éstos a su vez de los que se obtienen en la educación superior[15]. Las estimaciones se han hecho separadamente para asalariados y asalariadas y se ha controlado por experiencia aparente, zona de residencia y si la persona es jefe de hogar. El Gráfico Nº 5 presenta los ingresos predichos asociados sólo a escolaridad de los asalariados y, por consiguiente, los retornos implícitos para los distintos niveles educativos. Lo hace para distintos años. El Gráfico Nº 6 realiza el mismo ejercicio, pero para las asalariadas.

Es evidente de ambos gráficos que hacia el final del período hay una reducción en el retorno a la educación básica (la pendiente de la curva para los primeros ocho años se torna más plana) tanto para hombres como mujeres. Hay, por consiguiente, una reducción en las diferencias salariales de estos grupos. Ello se explica en una parte importante por un mayor crecimiento del salario base en la economía, es decir aquel para personas sin educación. Ello puede ser el resultado de que las personas con baja escolaridad y sin muchas calificaciones están saliendo de la fuerza de trabajo. Algo de ello se verifica en la sección 5 y cabe preguntarse si sus sustentos fuera de la fuerza de trabajo son aceptables. Aunque es algo más errática la tendencia también es posible observar una leve disminución en la tasa de retorno de las personas que acceden a educación secundaria y que no persiguen estudios superiores. Ello es sobre todo evidente en los hombres, particularmente respecto de 1996. Esa situación no es tan clara en las mujeres, donde el retorno a la educación secundaria exhibe un patrón más errático, quizás como resultado de que su incorporación a la fuerza de trabajo es aún muy reducida comparada con la experiencia de otros países. En todo caso el retorno para la educación secundaria entre las mujeres es en 2009 más reducido que en 1990.

[15] Una explicación de cómo proceder para estos efectos se encuentra en Beyer (1999).

www.cepchile.cl

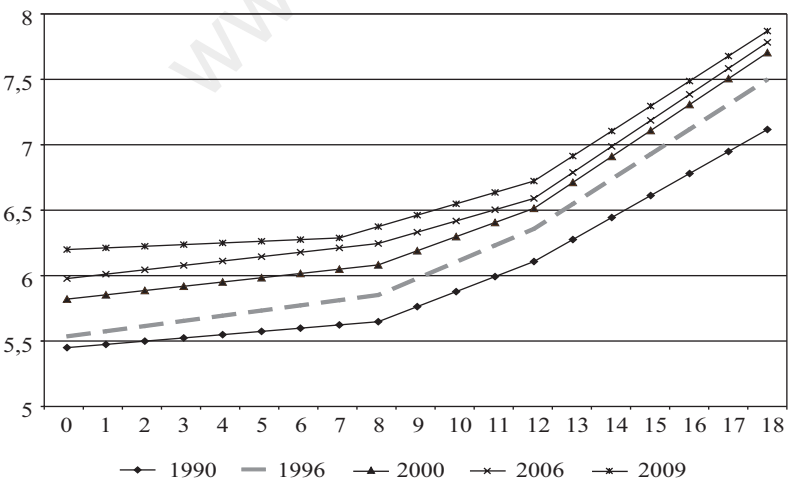
GRÁFICO Nº 5: RETORNOS DE LA EDUCACIÓN PARA LOS ASALARIADOS EN DISTINTOS AÑOS



Fuente: Estimaciones obtenidas a partir de las encuestas Casen.

www.cepchile.cl

GRÁFICO Nº 6: RETORNOS DE LA EDUCACIÓN PARA LAS ASALARIADAS EN DISTINTOS AÑOS



Fuente: Estimaciones obtenidas a partir de las encuestas Casen.

Estos cambios en el retorno a la educación en básica y media parecen ser fundamentales a la hora de entender las menores diferencias en la parte inferior de la distribución de ingresos del trabajo, lo que está presionado por una mayor escolarización de la población y seguramente una autoselección de acuerdo a su calificación de las personas con muy reducido nivel de escolaridad. Los retornos para la educación superior, a pesar del aumento en la proporción de personas con trece años y más de escolaridad entre 1990 y 2009, parecen no ceder. Por cierto, el Cuadro Nº 4 indicaba que la proporción de personas con trece años o más de escolaridad había aumentado sólo en seis puntos porcentuales: desde un 22 a un 28 por ciento. Este incremento es pequeño para una economía que desde 1990 ha tenido un crecimiento significativo y que, además, ha aumentado su nivel de apertura comercial, lo que aparentemente habría aumentado la demanda por capital humano por parte de las empresas[16]. En el caso de los hombres, la encuesta de 2006 sugería que podía haber un respiro y que finalmente el retorno a la educación comenzaba a ceder. Pero en la última encuesta esa sensación se diluyó y el retorno a la educación superior pasó a ser tan elevado como en las mediciones previas. En el caso de las mujeres el problema es aún más marcado. Se observa que el retorno a la educación superior ha estado más bien subiendo, particularmente entre 1990 y 2000 para luego mantenerse relativamente estable y muy superior al que se observa para las mujeres con educación media. En estas circunstancias no es extraño, entonces, que las brechas en la parte superior de la distribución de ingresos no muestren indicios de ceder. Eventualmente esa situación debería comenzar a revertirse en la medida que aumente con más fuerza la proporción de personas en la fuerza de trabajo con educación superior. La reducción en los retornos a las personas con educación secundaria parece estar íntimamente ligada a la ampliación de la oferta de personas con educación secundaria completa, que ha sido más mucho más rápida que en el caso de personas con educación superior.

En ese sentido debería constituir un motivo de preocupación que, tal como muestra el Cuadro Nº 6, parece existir una fuerte desaceleración en el aumento de la cobertura de educación superior, particularmente a partir de 2003. Las razones de este fenómeno no son evidentes, pero es un problema que requiere atención. El aumento en la oferta de

[16] Para ver los canales a través de los cuales se puede materializar esta posibilidad puede revisarse Pavcnik y Goldberg (2007).

personas con educación superior debería reducir el premio a este tipo de educación y contribuir a aplanar por arriba la distribución de ingresos, situación que hasta ahora no ha ocurrido y en el caso particular de las mujeres ha ido en la dirección contraria a la esperada.

CUADRO Nº 6: TASAS NETAS Y BRUTAS DE MATRÍCULA EN EDUCACIÓN SUPERIOR

	1990	1996	2000	2003	2006	2009
Tasa neta	12,8	21,0	22,1	26,0	27,4	29,1
Tasa bruta	15,6	26,1	30,9	37,8	38,3	39,8

Fuente: Mideplan.

www.cepchile.cl

Con todo, como mostraba el Gráfico Nº 1, las generaciones más jóvenes muestran menores brechas educacionales. Esa situación en sí misma puede tener implicancias importantes sobre la desigualdad de los ingresos del trabajo. En efecto, si recordamos la ecuación (1) podemos desprender de ella, asumiendo que la escolaridad no está correlacionada con el error, la siguiente relación.

$$Var(lny) = Var(\beta)\cdot S^2 + \beta^2\cdot Var(S) + cov(\beta,S) + Var(\mu) \qquad (2)$$

En el modelo tradicional β toma exactamente el mismo valor para todos los niveles educativos. En ese sentido la varianza de β sería igual a cero al igual que la covarianza entre β y la escolaridad S. La ecuación, entonces, se puede simplificar y expresar del siguiente modo:

$$Var(lny) = \beta^2\cdot Var(S) + Var(\mu) \qquad (3)$$

Esta ecuación es una primera aproximación, por cierto simplificada, para evaluar el potencial impacto de la reducción de las brechas de escolaridad en la desigualdad de ingresos que está ocurriendo en las nuevas generaciones. En efecto, aplicándolo para distintos grupos de edad se puede apreciar el efecto de la reducción en la varianza de la escolaridad sobre la variación de los ingresos del trabajo[17]. El Cuadro

[17] Una aplicación de este enfoque se encuentra en Lam y Schoeni (1993).

Nº 7 exhibe tanto para 1990 como para 2009 los valores obtenidos para las distintas variables de la ecuación (3), es decir presenta una descomposición de la varianza de los ingresos.

El Cuadro Nº 7 ilustra las complejidades involucradas en la evolución de la distribución de ingresos. Al interior de cada grupo de edad se observa un aumento en la varianza de los ingresos, particularmente en los grupos más jóvenes. Ese aumento habría sido mayor si no hubiese ocurrido al mismo tiempo una disminución en la varianza de la escolaridad que compensó parte del incremento en la varianza de los errores (Var (μ)) atribuido a variables no observables. Si ésta no se hubiese modificado, la varianza de los ingresos para cada grupo de edad hubiese disminuido, porque los retornos a la escolaridad (expresados indirectamente por β^2) sólo sufrieron variaciones leves. Asimismo, es evidente a partir de esta evidencia que no se puede concluir que la menor varianza que se observa entre los más jóvenes se mantendrá con el paso del tiempo. Por una parte, la varianza de los ingresos no explicada por la educación aumenta y, por otra, el retorno de la educación se eleva con la edad. Con todo, sólo por la disminución en las brechas de escolaridad la varianza de los ingresos para cada grupo de edad podría reducirse en un 20 por ciento.

Antes habíamos dicho (Cuadro Nº 5) que las brechas en los ingresos del trabajo se habían reducido en forma relevante, sobre todo

www.cepchile.cl

CUADRO Nº 7: DESCOMPOSICIÓN DE LA VARIANZA DEL LOGARITMO NATURAL DE LOS INGRESOS DEL TRABAJO

	1990				2009			
Edad	Var(lny)	β^2	Var(S)	Var (μ)	Var(lny)	β^2	Var(S)	Var (μ)
20-24	0,509	0,00436	12,54	0,454	0,743	0,00406	8,23	0,702
25-29	0,663	0,00941	14,70	0,525	0,808	0,01061	12,37	0,677
30-34	0,856	0,01464	16,58	0,613	0,894	0,01254	14,00	0,718
35-39	0,894	0,01323	17,82	0,658	0,944	0,01538	14,59	0,720
40-44	0,887	0,01082	21,77	0,651	1,008	0,01232	15,53	0,817
45-49	0,933	0,01166	22,21	0,674	0,995	0,01232	16,21	0,795
50-54	1,045	0,01145	23,87	0,772	1,057	0,01299	17,36	0,831
55-59	1,186	0,01416	21,70	0,879	1,147	0,01103	21,31	0,912
60-64	1,219	0,01254	21,92	0,944	1,417	0,01742	25,01	0,981

Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas Casen 1990 y 2009.

en la parte inferior de la distribución del ingreso. Ello no debería sorprender, porque no necesariamente ambos indicadores se mueven en la misma dirección. Para ver esto piénsese en los Gráficos Nos. 5 y 6. En ellos se veía que la tendencia entre 1990 y 2009 era de un aplanamiento de los retornos a la educación (y, por consiguiente, de las diferencias de ingresos) hasta los 12 años de escolaridad. Sin embargo, ello no se observaba para niveles de escolaridad mayores e incluso entre las mujeres se observaba un incremento en los retornos para esos niveles. Es perfectamente posible que en esas circunstancias aumente la varianza y exista un cierre en las brechas. Hay que recordar que la varianza es una medida de dispersión respecto de la media. El Cuadro Nº 8 ilustra esta situación al comparar los cambios en la brecha de los asalariados entre 1990 y 2009 y la varianza en los salarios por hora (más bien el logaritmo natural de estos).

Se aprecia que en 1996 y 2006 ambos indicadores van en la misma dirección. En el primer año aumentan las brechas salariales y aumenta la varianza de los ingresos. En 2006, en cambio, se reducen esas brechas y el segundo indicador también se reduce. En cambio en 2009 la brecha salarial es inferior a 1990, pero aun así la varianza de los salarios se incrementa. Este hecho se explica en una proporción importante, como sugiere el Cuadro Nº 9, por un aumento en la varianza de los salarios de las mujeres.

Ese aumento en la varianza de los salarios de las mujeres no se puede desligar del aumento en su tasa de ocupación. Ésta estaba por debajo del 30 por ciento en 1990 mientras que hacia fines de esta década esa tasa alcanzó casi un 40 por ciento. Además, a diferencia de lo que

CUADRO Nº 8: INDICADORES DE DESIGUALDAD PARA ASALARIADOS

	1990	1996	2000	2006	2009
90-10	1,85	2,01	1,91	1,70	1,77
90-50	1,20	1,18	1,25	1,13	1,21
50-10	0,65	0,83	0,66	0,57	0,56
Var (lny)	0,66	0,76	0,64	0,57	0,74

Fuente: Elaboración propia sobre la base de encuestas Casen.

www.cepchile.cl

CUADRO Nº 9: VARIANZA DE LOS SALARIOS POR HORA (LOGARITMO NATURAL) DE HOMBRES Y MUJERES

	1990	2009
Hombres	0,56	0,70
Mujeres	0,70	0,77
Total	0,66	0,74

Fuente: Elaboración propia sobre la base de encuestas Casen.

www.cepchile.cl

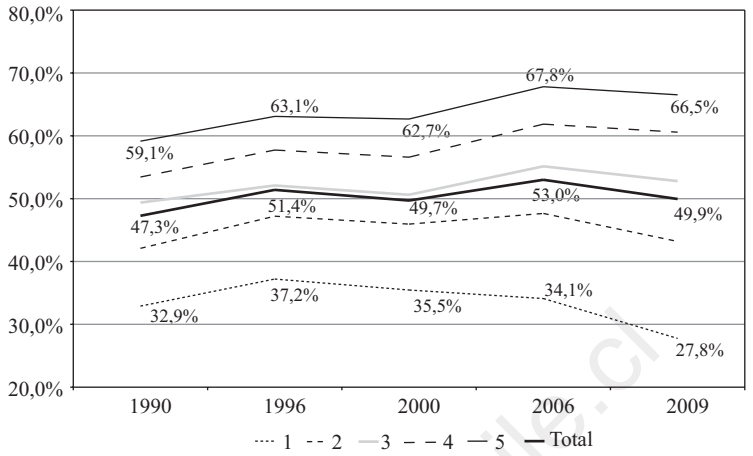
ocurre con los hombres, su participación en la fuerza de trabajo difiere marcadamente para cada nivel de educación alcanzado. Esta irregular participación unida a la particular evolución que ha tenido el empleo para distintos grupos ayuda a entender el hecho que Chile no haya avanzado en reducir a un mayor ritmo su elevada desigualdad. Sobre ello trata la siguiente sección.

4. La situación de empleo

La evolución del empleo no ha sido particularmente positiva para la desigualdad de ingresos en nuestro país. Si bien, entre 1990 y 2009 se observa una tendencia al aumento en la tasa de empleo, neutralizada obviamente en aquellos años donde se observan desaceleraciones o crisis económicas profundas, hay grupos específicos que tienen dificultades para mantenerse vinculados al mundo del trabajo. El Gráfico Nº 7 muestra el comportamiento de la tasa de ocupación por quintil de ingresos y para el total de la población. Es claro que la tasa de ocupación total muestra una tendencia al alza, aunque como se advertía se redujo en 2000 y 2009, particularmente en esta última medición, como consecuencia de las situaciones económicas particulares que se vivieron esos años.

En el primer caso consecuencia de la crisis asiática de la que el país aún no se recuperaba del todo. En el segundo, producto de la profunda crisis económica que afectó a las economías industrializadas en la última parte de 2008 y gran parte de 2009. Lógicamente, Chile no se pudo sustraer del todo de ese fenómeno y el empleo se vio severamente

GRÁFICO Nº 7: TASAS DE OCUPACIÓN POR QUINTIL DE INGRESOS ENTRE 1990 Y 2006



afectado. Pero ello no debe sorprender, dado el grado de integración de la economía nacional al resto del mundo. Se aprecia también que el grupo que más sufrió el embate de la crisis en términos de empleo fue el quintil de menores ingresos. Ahí, la tasa de empleo cayó en un 18,5 por ciento mientras que en el quinto quintil, el de mayores ingresos, esa tasa cayó sólo en un dos por ciento. Esa asimetría indudablemente es un golpe inmediato a la evolución de la desigualdad. Por cierto, hay en estos datos un sesgo de selección. En efecto, si hay una baja tasa de empleo en un hogar, la probabilidad de que quede en el primer quintil aumenta, porque los ingresos del trabajo son el componente más relevante de los ingresos autónomos. Aun teniendo presente este hecho no deja de sorprender la magnitud del ajuste en oportunidades ocupacionales. Y más allá de la crisis preocupa que el deterioro en sus oportunidades de empleo parece provenir desde antes, sugiriendo que hay un grupo de hogares que, a pesar de la tendencia general al aumento en las tasas de empleo, se está alejando del mercado del trabajo. En efecto, para el primer quintil de ingreso se observa un deterioro en la tasa de ocupación desde 1996 y el segundo quintil ha tenido dificultades para mantener el ritmo de crecimiento de la ocupación que se observa en el resto de los sectores. En un país con altas desigualdades, donde el empleo es un

www.cepchile.cl

instrumento poderoso para cerrar brechas de ingreso, esa constatación es preocupante.

En el análisis de la evolución del empleo debe tratar de distinguirse entre fenómenos permanentes y transitorios, pero lamentablemente encuestas como la Casen miden un momento en el tiempo. En ese sentido, no se puede descartar que el fenómeno registrado sea uno en el cual las personas entran y salen con más frecuencia del empleo, es decir donde hay más rotación laboral. La evidencia proveniente de datos administrativos como los del Seguro de Cesantía sugiere que los contratos indefinidos se usan con menos frecuencia que en el pasado siendo reemplazados por un uso más frecuente de contratos a plazo fijo y por obra y faena. Así, podría ser el caso que las posibilidades efectivas de empleo hubiesen aumentado, pero ello no es registrado por una medición puntual en el tiempo. Sin embargo, no es evidente que una mayor rotación se traduzca en menores tasas de empleo en un momento en el tiempo. Además, en una circunstancia de estas características debería esperarse al menos un aumento de la participación en la fuerza de trabajo. Sin embargo, esa participación cae en el primer quintil de ingresos sugiriendo no sólo pérdida de empleo sin una deserción del mundo del trabajo.

Un análisis más detallado insinúa que detrás de la caída en la tasa de empleo del primer quintil de ingresos hay un retroceso en las oportunidades de empleo de los grupos menos calificados. El Cuadro Nº 10, por ejemplo, presenta la evolución en la tasa de empleo por grupos de edad y es claro que han disminuido las oportunidades de empleo de los más jóvenes quienes son típicamente las personas con menos califica-

CUADRO Nº 10: EVOLUCIÓN EN LAS TASAS DE EMPLEO POR EDADES (%)

Edad	1990	1996	2000	2006	2009
15-24	32,6	32,7	26,5	29,9	27,4
25-29	61,5	67,0	63,7	68,8	65,0
30-39	64,5	67,6	67,4	71,9	71,6
40-49	63,3	68,9	68,1	72,2	69,7
50-59	51,2	58,4	59,3	64,9	62,9
60-69	30,2	34,7	33,8	39,6	37,9

Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas Casen.

www.cepchile.cl

ción. Los otros grupos, más allá de las fluctuaciones asociadas a los ciclos económicos, muestran una tendencia al alza en materia de empleo.

El mismo fenómeno, menores oportunidades de empleo para los menos calificados, se observa en el Cuadro Nº 11 que presenta la evolución en la tasa de ocupación por escolaridad.

Es claro que el grupo de menor escolaridad presenta una muy baja tasa de empleo y que ésta ha venido reduciéndose en el tiempo. En el grupo de 8 a 11 años si bien no se observa una tendencia declinante, se constata que su tasa de ocupación es reducida. En efecto, mientras en 2009 la tasa de empleo para el promedio de los países de la OCDE era 64,8 por ciento[18] (este número excluye a Chile, que a partir del año 2010 forma parte de esa organización), para nuestro país esa tasa alcanzaba el 55,7 por ciento en 2009 de acuerdo a la encuesta Casen de ese año, es decir era nueve puntos porcentuales más baja. Para igualar esa tasa, Chile tendría que haber tenido empleadas, en ese entonces, un poco más de un millón de personas adicionales para equiparar la tasa promedio de empleo de la OCDE. Debe reconocerse que dicha tasa promedio esconde importantes diferencias entre países existiendo varios que están por sobre 70 por ciento. Al mismo tiempo tasas como la nuestra son poco frecuentes: sólo cinco entre 30 países tienen una tasa de empleo inferior a 60 por ciento. De ellos tres están muy cerca del 60 por ciento. Así, no cabe duda que la tasa de ocupación nacional es modesta, reduciendo las posibilidades de avanzar en igualdad. Un fenómeno interesante es lo que ha sucedido con la tasa de ocupación de los hombres. El Gráfico Nº 8 muestra cómo esa tasa ha ido evolucionando para los hombres.

www.cepchile.cl

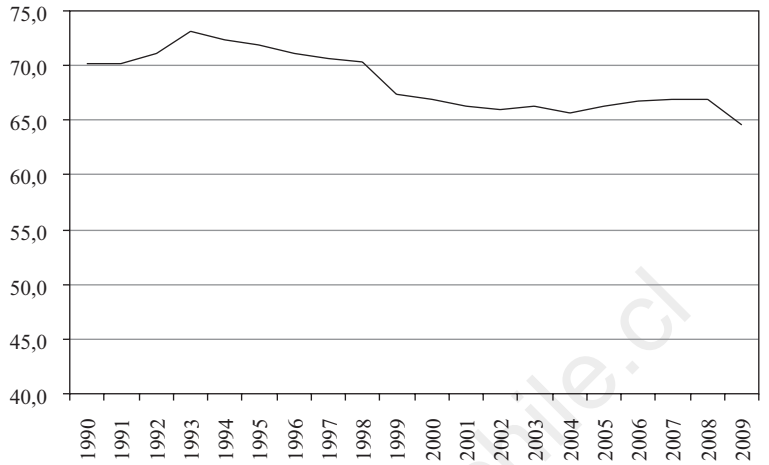
CUADRO Nº 11: EVOLUCIÓN EN LAS TASAS DE OCUPACIÓN POR ESCOLARIDAD (%)

Años de educación	1990	1996	2000	2006	2009
0 a 7	41,7	43,1	39,1	39,4	34,6
8 a 11	42,3	46,2	43,8	45,8	42,4
12 y más	58,0	61,8	60,2	64,0	60,2

Fuente: Elaboración propia a partir de encuestas Casen.

[18] Véase OCDE (2010).

GRÁFICO Nº 8: EVOLUCIÓN DE LA TASA DE EMPLEO PARA HOMBRES MAYORES DE 15 AÑOS
(Promedios anuales)



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Empleo, INE.

www.cepchile.cl

Es evidente que ha habido una reducción importante en la tasa de ocupación de los hombres mayores de 15 años a partir de 1993, año en que alcanzó un 73,1 por ciento. Luego ésta ha descendido para alcanzar un mínimo de 65,7 por ciento en 2004. Luego se recuperó muy modestamente para alcanzar un 66,9 por ciento en 2007 y 2008. En 2009 volvió a declinar, aunque ese año la profunda crisis que vivió la economía internacional jugó un papel no despreciable. Interesantemente, este fenómeno va acompañado de un aumento en la tasa de ocupación de la mujer. En el mismo período, esto es entre 1993 y 2009, la tasa de empleo de la mujer de acuerdo al INE, subió de 31 a 37 por ciento. Una tendencia similar, aunque con tasas algo distintas, muestran las encuestas Casen. Las tasas de ocupación reportadas para las mujeres son aún muy bajas y es probable que su participación esté sesgada a favor de las mujeres de mayores habilidades y calificaciones. Por ello, no se puede descartar que su incorporación a la fuerza de trabajo haya sustituido en algunas áreas a hombres poco calificados. Esa sustitución puede tener diversos orígenes, pero es compatible con la idea de que las regulaciones disponibles o el progreso tecnológico en Chile no son

particularmente amistosos con el trabajo poco calificado[19]. El hecho que el empleo en los sectores poco calificados muestre una tendencia declinante representa una luz de alerta sobre la disminución de brechas salariales que se reportaban para la parte inferior de la distribución de ingresos del trabajo. En efecto, si ese fenómeno es consecuencia de una "expulsión" desde la fuerza de trabajo de las personas menos calificadas, la compresión salarial pierde atractivo. En todo caso, debe reconocerse que ese hecho no ha afectado el mayor aplanamiento que se ha observado en la distribución de los ingresos autónomos de los hogares, de nuevo en la parte inferior de la distribución. Ello sugiere que la salida de esos trabajadores del mercado laboral no ha afectado negativamente, en promedio, la capacidad de generación de ingresos de esos hogares. Por supuesto, muchos hogares podrían estar mejor si esas personas estuviesen en un puesto de trabajo. Además, el gradual avance hacia una menor desigualdad de los ingresos autónomos per cápita se habría reforzado.

5. Conclusiones

En el contexto de elevada desigualdad en el que se desarrolla Chile, resulta interesante realizar el ejercicio de evaluar si los indicadores habituales de desigualdad, que van a seguir siendo relevantes en el análisis mientras no exista mejor información sobre movilidad social y sobre los cambios que afectan a los mismos hogares a través del tiempo, presentan evidencia respecto de la dirección en la que podrían moverse estos indicadores en los próximos lustros. El análisis preliminar que se presenta en este estudio sugiere que hay buenas noticias. A pesar de la crisis económica de los años 2008 y 2009, que afectaron los indicadores de desigualdad, subyacen en los datos cambios que permiten pensar que en el futuro se podrían ir sumando avances en igualdad. Ellos tienen que ver con la reducción en las brechas de escolaridad, las menores diferencias salariales en la parte inferior de la distribución y el aumento más rápido que se observa en la última década en el ingreso autónomo per cápita de los hogares de menores ingresos.

[19] Sobre esto, véase Beyer y Sapelli (2009).

www.cepchile.cl

Al mismo tiempo se observa que el aumento en la escolaridad ha sido crucial para reducir las diferencias salariales entre las personas que tienen educación media y menos. Ello ha ocurrido como resultado de una caída relativa en el retorno a la educación secundaria, que a su vez es consecuencia del importante aumento en la oferta de graduados de educación secundaria. En cambio, el retorno a la educación superior se ha mantenido en niveles elevados e incluso en el caso de las mujeres se ha incrementado. Ello obedece principalmente al hecho que el aumento en la oferta de graduados con educación superior incompleta o completa ha sido pequeño respecto de la fuerza de trabajo. En efecto, entre 1990 y 2009 pasó de 22 a 28 por ciento de la fuerza de trabajo. En cambio, la proporción de personas con 9 a 12 años de escolaridad aumentó en diez puntos porcentuales de 38 a 48 por ciento; los miembros de la fuerza de trabajo con educación secundaria completa, en particular, pasaron de representar un 21 a un 35 por ciento del total entre 1990 y 2009.

En los próximos años cabría esperar que se observe un aumento en la oferta relativa de graduados con educación superior que coloque presión a los retornos de esta educación, contribuyendo a aplanar los ingresos asociados a este tipo de educación. Ello debería ser un aporte a la reducción de la desigualdad de ingresos a través de su impacto en las diferencias salariales que deberían disminuir. Para consolidar esta tendencia probablemente deba ponerse más atención al relativo estancamiento que se observa en la cobertura de educación superior de acuerdo a la información que se desprende de las últimas encuestas Casen.

El talón de Aquiles de la política redistributiva es el empleo. Hay bajas tasas promedio de ocupación en Chile, pero además mucha heterogeneidad, al grado que estas tasas en el quintil de más elevados ingresos es de 67 por ciento y en el quintil de más bajos ingresos es de sólo un 28 por ciento. Pero, además de estas enormes diferencias, se observa una preocupante declinación en la participación laboral de los grupos menos calificados. Una política redistributiva no puede renunciar a proveer de empleos a la población menos calificada, toda vez que no hay un instrumento más efectivo en plazos razonables para avanzar en equidad.

www.cepchile.cl

Referencias bibliográficas

Arellano, José Pablo (2004). "Políticas Sociales para el Crecimiento con Equidad: Chile 1990-2002". Cieplan, Serie Estudios Socio/Económicos N° 26, abril.

Beyer, Harald (1999). "Educación y Desigualdad de Ingresos: Una Nueva Mirada". Centro de Estudios Públicos, Serie Documentos de Trabajo, Nº 297, agosto.

———— (2005). "Productividad, Desigualdad y Capital Humano: Los Complejos Desafíos de Chile". *Estudios Públicos*, 97 (verano), pp. 59-98.

Beyer, Harald y Carmen Le Foulon (2002). "Un Recorrido por las Desigualdades Salariales en Chile". *Estudios Públicos*, 85 (verano), pp. 139-175.

Beyer, Harald y Claudio Sapelli (2009). "Hacia una Política Social Efectiva y Eficiente". En Harald Beyer, Alfredo Joignant y Cristóbal Marín (compiladores), *El Chile que Viene: De Dónde Venimos, Dónde Estamos y a Dónde Vamos*. Santiago: Universidad Diego Portales y Centro de Estudios Públicos.

Blau, Francine y Lawrence Kahn (1996). "International Differences in Male Wage Inequality". (With Lawrence M. Kahn) *Journal of Political Economy*, agosto.

———— (2005). "Do Cognitive Test Scores Explain Higher US Wage Inequality?" *Review of Economics and Statistics*, febrero.

Kenworthy, Lane (2008). *Jobs with Equality*. Oxford University Press.

Lam, David y Robert Schoeni (1993). "Effects of Family Background on Earnings and Returns to Schooling: Evidence from Brazil". *Journal of Political Economy*, Vol. 101 Nº 4 (agosto), pp. 213-243.

Larrañaga, Osvaldo y Rodrigo Herrera (2008). "Los Recientes Cambios en la Desigualdad y la Pobreza en Chile". *Estudios Públicos*, 109 (verano), pp. 149-186.

Mincer, Jacob (1974). *Schooling, Experience and Earnings*. Nueva York: National Bureau of Economic Research.

OCDE (2010). *Employment Outlook 2010*. París.

Pavcnik, Nina y Penny Goldberg (2007). "Distributional Effects of Globalization in Developing Countries". *Journal of Economic Literature*, Vol. 45 Nº 1 (marzo), pp. 39-82.

Sapelli, Claudio (2009). "The Evolution of the Intergenerational Mobility of Education in Chile by Cohorts: Facts and Possible Causes". Instituto de Economía, Universidad Católica, Nº 348.

Williamson, Jeffrey (2009). "Five Centuries of Latin American Inequality". Mimeo, Universidad de Harvard. □

www.cepchile.cl

ALCANCES JURÍDICOS DEL CONVENIO 169*

José Miguel Valdivia

www.cepchile.cl

En este trabajo se advierte que la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en el derecho chileno suscita expectativas de evolución en el estatus jurídico y político de los indígenas; no obstante, los desafíos que despierta no son fáciles de enfrentar. A juicio del autor, el discurso jurídico centrado en los derechos humanos, que suele adoptarse en la promoción de los intereses indígenas, parece mostrarse inapropiado para describir la naturaleza de los instrumentos que contempla el Convenio. El riesgo principal que envuelve la falta de un análisis riguroso de estos instrumentos reside en una vulgarización del derecho que introduzca inseguridad en las relaciones y altere las instituciones republicanas. En circunstancias que la fuerza normativa de los instrumentos internacionales depende, en el derecho interno, de su puesta en práctica mediante reglas precisas, se sugiere entonces mirar el Convenio 169 como una ocasión para deliberar conscientemente la forma en que los

José Miguel Valdivia. Doctor en Derecho, Universidad París II, Panthéon-Assas; Abogado, Universidad de Chile. Profesor de derecho administrativo, Universidad Adolfo Ibáñez.

* El autor agradece la colaboración generosa de Carlos Carmona, Rodrigo Correa, Ximena Fuentes, Pablo Fuenzalida, Pablo Grez, Catalina Medel, Lucas Sierra y Lucas Solimano. Un reconocimiento especial merece Tomás Blake, cuyas observaciones y sugerencias contribuyeron en gran medida a dar forma al argumento del texto.

chilenos quieren reconocer jurídicamente la especificidad de sus pueblos indígenas.

Palabras clave: Convenio 169; derecho indígena; pueblos indígenas; derechos humanos; consulta a los pueblos indígenas.
Recibido: diciembre 2010. *Aceptado:* enero 2011.

1. La entrada en vigencia en Chile del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ("Convenio 169" o "Convenio") despierta numerosas cuestiones para la política y el derecho. A las aspiraciones de grupos indígenas por ejercer influencia en las decisiones que les conciernen —la contingencia política reciente ha mostrado al país cuán vivas están— parecen responder precisamente ciertas herramientas reconocidas en el Convenio. ¿En qué forma la puesta en práctica del Convenio 169 modificará el régimen institucional chileno? Las reflexiones que siguen se centran en consideraciones legales que permiten medir su impacto.

I. La preocupación del derecho internacional por los indígenas

2. El protagonismo que parecen tener los indígenas en el plano internacional es un fenómeno relativamente reciente. Sin duda la cuestión indígena no es nueva para el derecho; buena parte del derecho internacional se construyó, de hecho, sobre la base de problemas derivados precisamente del estatus político de los indígenas[1]. No obstante, el derecho internacional moderno se articula sobre la base de la soberanía nacional, en cuyo centro está la figura del Estado nacional; ese modelo —perdurable hasta hoy— ofrece poca cabida a los grupos indígenas. Salvo en cuanto adquieran fuerza suficiente para controlar políticamente su territorio (y adopten así, en parte, el modelo del Estado), los grupos indígenas tienden a diluirse en el universo de la población del Estado al

[1] El derecho internacional moderno se construye en buena medida sobre la base de la cuestión sobre el estatus de los indígenas. En el marco de un intento de legitimación de la conquista europea, especialmente sobre tierras americanas, los juristas desarrollaron una serie de conceptos que posteriormente darían forma a instituciones del derecho internacional. Así, p. ej., en F. De Vitoria, *De Indiis et de Jure Belli* (1532), prefigura un derecho de gentes común a todos los hombres, incluidos los indígenas.

www.cepchile.cl

que pertenezca el territorio en que habitan. Ha sido necesario el surgimiento de una nueva conciencia internacional para resituar el discurso relativo a los indígenas.

3. La definición del estatus jurídico de los indígenas en este contexto tuvo inicialmente un propósito modesto, consistente en asegurarles en cuanto individuos iguales derechos que a los demás hombres. Es significativo a este respecto que sea en la Organización Internacional del Trabajo, en la primera mitad del siglo XX, que florece este propósito de revalorización del indígena: se trata de proteger su dignidad en cuanto trabajador, por las rudas condiciones a que suelen quedar sometidos los individuos pertenecientes a grupos culturalmente minoritarios[2]. El Convenio 169, prolongando esta orientación en el seno de la OIT, viene precisamente a reemplazar un instrumento anterior, de inequívoco sentido individualista[3].

Desde luego, alguna dimensión colectiva posee el reconocimiento individual del estatus de los indígenas, como también había una dimensión colectiva relevante en varios de los derechos que integran el elenco clásico de derechos humanos, como las libertades de reunión, de asociación o de expresión. Concretamente, como la vulnerabilidad de los indígenas proviene precisamente de su identidad étnica y cultural, las herramientas que se ha intentado forjar para mejorar su condición individual toman en cuenta su pertenencia comunitaria. Así, por ejemplo, el Convenio 107 preveía que en la definición de los derechos y obligaciones de las poblaciones indígenas "se deberá tomar en conside-

www.cepchile.cl

---

[2] Según da cuenta J. Anaya (2005), p. 88 y ss., bajo el alero de la OIT se efectúan estudios relativos a la condición laboral de los indígenas a partir de 1921 y ya en 1926 se establece un Comité de Expertos en Trabajo Indígena, que opera como motor de una incipiente actividad normativa sobre la materia.

[3] Se trata del Convenio N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado el 26 de junio de 1957 ("Convenio 107"). El objeto primordial de este instrumento es el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones, con el objeto de superar los factores que les han impedido participar plenamente en el progreso de las colectividades nacionales, y obtener así su integración progresiva en ellas. El arquetipo de las reglas del Convenio 107 sugiere que la conservación de las instituciones nativas "no deberá impedir que los miembros de dichas poblaciones ejerzan, con arreglo a su capacidad individual, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de la nación, ni que asuman las obligaciones correspondientes" (art. 7.3). *Cf.*, además, la regla que impone a los Estados partes el deber de "estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones" (art. 5, letra c).

ración su derecho consuetudinario", manteniendo "sus propias costumbres e instituciones" en cuanto no fuesen incompatibles con el derecho nacional (arts. 7.1 y 7.2), y alentaba políticas tendientes a "preservar el idioma materno o la lengua vernácula" de las poblaciones indígenas (art. 23.3)[4].

El paso siguiente en el derecho internacional consistió en fortalecer esa dimensión colectiva de la protección de los indígenas, principalmente con el objeto de conservar su identidad y patrimonio cultural. Es este el objeto evidente del Convenio 169. Los aspectos más salientes de este instrumento ya han sido subrayados en diversos comentarios: instituye un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas en asuntos que les afecten directamente (art. 6); propende a un mayor control sobre los territorios a que está asociada su cultura y modos de vida (art. 14), incluyendo los recursos naturales que se sitúen en ellos (art. 15); e incluso facilita la influencia de las costumbres autóctonas en la modelación del castigo penal (art. 9).

En algunos casos, este régimen podría perfilar auténticos "derechos" (especialmente en cuanto concierne a la propiedad de la tierra). En general, sin embargo, esta terminología resulta inadecuada para reflejar la naturaleza de las instituciones: el "derecho a la consulta", por ejemplo, que supone la expresión de un punto de vista acordado por un grupo dotado de cierta representatividad, está más cerca de la elaboración de un dictamen que del ejercicio de una libertad de opinión. Como fuera sugerido por Lucas Sierra en otro número de *Estudios Públicos*, las posibilidades de acción reconocidas a un colectivo se identifican más con las potestades (es decir, con la autoridad) que con los auténticos derechos[5], pues generan relaciones de sujeción más que de coordinación[6].

4. En el esquema inicial, la protección de los indígenas tomó la forma de derechos individuales, cuyo contenido replicaba el de las libertades públicas. *Grosso modo*, puede decirse que esta práctica tomó la forma de los derechos humanos de tipo clásico. Cosa distinta ocurre con los mecanismos colectivos de protección, pues suponen posibilidades de

[4] En este punto, el Convenio 169 representa un progreso relativo con respecto al texto anterior, al estimular ahora "el desarrollo y la práctica" de las lenguas indígenas (art. 28.3).

[5] L. Sierra (2003), p. 19 y ss.

[6] W. Hohfeld (1991), p. 45 y ss.

www.cepchile.cl

acción reconocidas a grupos más o menos organizados (con prescindencia del reconocimiento previo de su capacidad jurídica). ¿Cuál es la naturaleza de estos medios de acción? ¿Son también "derechos humanos"?

La pregunta, que tiene un interés cierto para el derecho positivo chileno (*infra*, § 11 y ss.), depende de ciertas consideraciones teóricas. En principio los llamados derechos humanos se predican sólo de las personas naturales, esto es, del hombre, pues surgen de una tradición liberal que perseguía romper con todo vestigio de un antiguo régimen en que el hombre ocupaba en la sociedad un lugar por medio de su pertenencia a grupos (estamentos, familias, gremios). Las corrientes racionalistas que confluyen en la elaboración de la idea de derechos humanos arrancan de un postulado que asume como posible reconocer en cada individuo una identidad irreductible, con prescindencia de la circunstancia espacio-temporal en que se sitúe.

El espíritu revolucionario que anima las declaraciones de derechos humanos, especialmente en Francia, tiene un afán igualitario innegable: se trata de suprimir las diferencias existentes entre hombres de distintos orígenes (sobre todo, sociales). El mismo propósito igualitario, orientado esta vez a derribar las fronteras raciales, nacionales o culturales entre los hombres, se hace explícito en el reconocimiento internacional de la universalidad de los derechos humanos, en el contexto elocuente de la posguerra de los años 1940. Los derechos humanos no reconocen límites culturales, religiosos ni étnicos. La pertenencia de un individuo a un pueblo indígena no le atribuye más derechos humanos que los que detenta la generalidad de los ciudadanos (incluso quienes pretendan esconder sus orígenes étnicos).

En cierto modo, el reconocimiento de un estatus específico de los pueblos indígenas como sujetos colectivos escapa a las categorías conocidas. Su tratamiento jurídico-dogmático plantea desafíos significativos, que pasan principalmente por el análisis de la operatividad práctica de las herramientas diseñadas para la promoción de sus intereses.

5. En suma, la suerte de los indígenas ha venido siendo objeto de preocupación creciente en instancias internacionales en el último siglo. El avance de la técnica legal ha sido significativo a este respecto. En su estadio inicial, la protección persiguió un propósito igualitario mínimo, que recuerda el fenómeno de la abolición de la esclavitud: tratar al indígena como persona, titular de derechos idénticos a los que caracterizan a los otros individuos. La tendencia actual, cuyo presupuesto necesario

es evidentemente el reconocimiento individual de los indígenas, se orienta a asignar a grupos colectivos posibilidades de definición política. El lugar preciso del Convenio 169 en el derecho interno permite medir la extensión del compromiso asumido por Chile.

II. La influencia de los instrumentos internacionales en el derecho interno

6. El impacto del derecho internacional en el derecho interno de los Estados es objeto de análisis recurrente en la doctrina actual. En general, el derecho interno es cada vez más permeable a orientaciones normativas provenientes del exterior. La experiencia singularmente intensa de un derecho europeo que infiltra con más y más fuerza los ordenamientos nacionales de los Estados que integran la Unión es, no obstante la especificidad de ese proceso de integración motivado por las necesidades de un mercado común, el ejemplo más significativo de este fenómeno.

En buena medida, este efecto de infiltración es un propósito querido por diferentes actores que intervienen en la escena internacional. En muchos terrenos, en la influencia internacional están puestas esperanzas de evolución y perfeccionamiento de las instituciones locales. La proliferación de acuerdos multilaterales adoptados en el seno de organizaciones internacionales, más o menos estables, es por sí sola reveladora de la confianza que suele depositarse en estos instrumentos; la fe persistente en las instancias internacionales desafía el conocido déficit de efectividad del derecho internacional. Paralela, pero coincidentemente, es también por la influencia de ciertas concepciones supranacionales que florecen en la actualidad instancias de uniformización del derecho, en particular en el ámbito del derecho europeo de los negocios[7]; aunque

[7] Pueden citarse al respecto un *Anteproyecto de un Código Europeo de Contratos*, redactado en 2001 por la Academia de Iusprivatistas Europeos, bajo la dirección del profesor Giuseppe Gandolfi; los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, preparados en 2002 por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, presidida por el jurista danés Ole Landö; los bien conocidos *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborados a iniciativa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y aprobados en 2004, y más recientemente aún, el *Borrador de Marco Común de Referencia de los Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Europeo de Contratos*, preparado por el Grupo de Estudios sobre un Código Civil Europeo, dirigido por el profesor Christian von Bar.

este fenómeno opera en forma independiente de la eficacia del sistema normativo comunitario y en sí mismo está desprovisto de normatividad, refleja el peso que pueden llegar a tener en la configuración del derecho convicciones compartidas por la comunidad de juristas. Gracias a orientaciones del derecho internacional ha sido posible alcanzar en una parte significativa del planeta estándares comunes, que hacen posible el entendimiento recíproco y facilitan los intercambios.

Ahora bien, pocos de los avances que con razón se le atribuyen en el derecho interno de los Estados, el derecho internacional los ha provocado por su sola vigencia, si no normalmente, por el convencimiento que en cada país se alcanza sobre la necesidad de su recepción. El mejor ejemplo está dado tal vez por el derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948, al igual que varios otros instrumentos que abundan en este campo, no contiene reglas vinculantes; corresponde a la sugerente categoría de *soft law*, derecho que es blando precisamente porque carece de eficacia inmediata. Es casi paradójico que en una materia en que la influencia del derecho internacional ha sido tan determinante, las transformaciones experimentadas por el derecho interno no hayan sido una consecuencia mecánica de los compromisos internacionales.

La aproximación tradicional a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, que subsiste en muchos ordenamientos, incluido el chileno, concibe a las reglas internacionales como principios orientadores de la acción política, desprovistos de efecto normativo directo. En general, el ordenamiento interno de cada Estado adopta resguardos formales para evitar una transformación mecánica de su fisonomía. Por análogas razones, en Chile en particular, el derecho interno dificulta que los jueces funden sus sentencias en la norma internacional, prescindiendo de las regulaciones que sobre la materia ya existan.

7. Aunque en la materia no existen recetas uniformes, en general los ordenamientos internos determinan con precisión modalidades técnicas más o menos sofisticadas para la adopción de compromisos internacionales; como la soberanía de los Estados es el sustrato esencial en que se sustenta el derecho internacional, el consentimiento inequívoco de cada Estado es indispensable para su vinculación a reglas supranacionales, y a este respecto se articulan procedimientos a menudo complejos. En el derecho chileno, por ejemplo, la sola suscripción de una convención internacional por los representantes del Ejecutivo no es suficiente

para su incorporación como derecho interno, sin perjuicio de sus efectos internacionales; aunque las relaciones internacionales son conducidas por el Presidente de la República, la Constitución asocia al Congreso en la aprobación de los compromisos que contraiga el Estado. Sólo entonces el Ejecutivo puede ratificar la convención, promulgarla y publicarla.

Por sí sola, la ratificación de un instrumento internacional no garantiza la inmediata eficacia interna del derecho internacional, pues ésta depende de otras consideraciones que son específicas de cada Estado. La tradicional disputa entre regímenes monistas y dualistas refleja la necesidad de definir desde la comunidad nacional la intensidad de los compromisos asumidos internacionalmente. En Chile se asume, sin norma explícita de por medio, que desde su incorporación al derecho interno los tratados tienen al menos el valor de la ley[8]; pero aunque ese valor estuviese fuera de toda duda, su reconocimiento no impide, en función del principio democrático, que la soberanía nacional se pronuncie sobre la forma en que los compromisos han de ser cumplidos, normalmente mediante la adopción de textos legales específicos que los traspongan o hagan efectivos.

Así las cosas, en general las reglas contenidas en tratados internacionales suelen revestir el carácter de "normas programáticas".

Subsistencia de las "normas programáticas"

8. Evocar esta expresión es susceptible de despertar controversia en la doctrina chilena. En el pasado, una parte significativa de la doctrina utilizó en sentido peyorativo ese concepto, para referirse a aquellas disposiciones constitucionales que, en los hechos, carecían de fuerza normativa al no ser objeto de aplicación alguna[9]. La idea de disposicio-

[8] Conforme a una línea jurisprudencial que no ha sufrido grandes variaciones, el Tribunal Constitucional ha opinado recientemente que "reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de 'precepto legal' ". Sentencia de 25 de agosto de 2009, *Modificaciones a la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional - Rol 1288*, cons. 47.

[9] En el catálogo de disposiciones programáticas elaborado en la memoria de E. Balmaceda (1954) se aludía en especial a algunos aspectos del régimen de propiedad, como la noción de "función social", la subdivisión de la propiedad, la propiedad familiar e incluso la nacionalización, además de referirse a aspectos como la descentralización administrativa y la representación proporcional, la conocida postergación de los tribunales administrativos y la indemnización por error judicial.

www.cepchile.cl

nes programáticas devino prácticamente sinónima de reglas "incumplidas absolutamente"[10]. Es verdad que, no obstante la textura abierta de todo texto constitucional, el establecimiento de reglas meramente programáticas puede conspirar contra el carácter riguroso de la supremacía constitucional, sustentada en el principio de ordenación jerárquica de las normas[11].

Sin embargo, esta crítica pierde de vista la función política que están destinadas a cumplir reglas de esta clase: en la medida que una norma programática es una promesa consciente de la necesidad de orientar a futuro el derecho en cierta dirección, su función es la de servir de compromiso entre quienes desean reconocer ciertos criterios en el ordenamiento y quienes se proponen postergar (o aún no están dispuestos a aceptar) su eficacia inmediata[12]. Aunque la normatividad de estas reglas sea mínima, su inclusión en un texto de una jerarquía reforzada sustrae la materia sobre que recaen de una contestación constante y la torna, desde cierto punto de vista, en una idea indiscutible.

9. El descrédito en que cayeron las disposiciones programáticas avivó por un tiempo en el derecho chileno la idea de que, por sí sola, la Constitución debía consultar mecanismos que la hiciesen completamente aplicable, es decir, justiciable en caso de contestación. La redefinición del régimen constitucional permitió corregir varios de los defectos observados en el texto anterior[13] (como, por ejemplo, la regla sobre indemnización de errores judiciales, que había sido letra muerta hasta entonces), y aún más, consagrar una disposición que hasta hoy es percibida como fuente de un principio de "aplicación directa" de la Constitución[14]. Concebir "la Constitución como norma", como escribía coetáneamente

[10] Por ejemplo, S. Carrasco (1997), p. 321 y ss.

[11] Así, C. Starck (1994), p. 26.

[12] Así, B. Bravo (1978).

[13] No obstante, los redactores de la Constitución también acudieron a la técnica programática, entre otros aspectos, para regular la justicia administrativa, materia que bajo la Constitución de 1925 había sido objeto de disposiciones meramente programáticas, como la doctrina se encargó de denunciar. *Cf.* los artículos 38 y 76 del texto inicial de la Constitución de 1980.

[14] V. por todos, E. Soto (1996), t. II, p. 12: la supremacía constitucional supone "la sujeción de todo órgano del Estado a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella: art. 6° inc. 1°; la obligatoriedad de toda disposición constitucional respecto de todo órgano del Estado…; la aplicación directa de toda disposición constitucional respecto de cualquier órgano del Estado (cualquiera sea su función o la jerarquía de sus titulares o empleados): art. 6° inc. 2°".

García de Enterría desde el derecho español, habría conllevado la improcedencia de la distinción entre preceptos constitucionales de aplicación directa y preceptos programáticos, sin valor normativo, pues todos debían entenderse vinculantes[15].

Literalmente, el artículo 6° indica que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución, y afirma que los preceptos de la Constitución son obligatorios. En sí misma, la regla hace explícito un presupuesto inherente a cualquier régimen jurídico, que consiste en el carácter obligatorio de sus prescripciones. Aunque amenaza con responsabilidades y sanciones en caso de inobservancia, la regla no prevé ninguna específica[16], como tampoco prevé los medios que hayan de servir para poner en práctica las distintas reglas constitucionales. Así las cosas, el artículo 6º no hace nada para que la Constitución se aplique directamente, sin necesidad de otras reglas, normalmente contenidas en leyes u otros actos subordinados.

En realidad, el principio de aplicación directa de la Constitución es un espejismo que oculta fenómenos sociológicos e históricos más complejos, como un cambio de mentalidad en la comunidad de juristas que rompe con una cierta indiferencia del pasado frente a la indecisión normativa, y que coincide con el establecimiento de medios de acción jurisdiccional que permiten poner en práctica reglas constitucionales[17] y con una reducción notable (pero no absoluta) de las promesas constitucionales incumplidas.

www.cepchile.cl

Dificultades que enfrenta la aplicabilidad directa del derecho internacional

10. Una reacción similar a la suscitada por la norma constitucional se advierte a propósito de las reglas provenientes del derecho internacional. También aquí se ha pretendido descubrir mecanismos que les aseguren un cierto efecto automático, en particular en el ámbito de los derechos humanos.

---

[15] García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981).

[16] Así lo advirtió tempranamente el Tribunal Constitucional: 27.10.1983, *Requerimiento contra el Ministro del Interior - Rol 19*, cons. 10.

[17] Esta práctica no está exenta de críticas. Tal vez su principal desventaja, que ha sido puesta en evidencia entre otros por R. Correa (2005), p. 161 y ss., está en acelerar un proceso de vulgarización del derecho.

La idea de que la protección de ciertos valores, como los derechos humanos, no puede quedar entregada sólo a la regulación interna de cada Estado cobra fuerza, en tiempos modernos, a partir de la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial y los horrores del nazismo. La fragilidad de la democracia y las instituciones domésticas había quedado a la vista, y pareció útil recurrir a un orden supranacional que resguardara los derechos de las personas aun en contra de sus propios Estados. El movimiento de los derechos humanos, que solo adquiere recepción universal desde la segunda mitad del siglo XX, es el testimonio más palpable de esta esperanza en el derecho internacional. En muchos casos, como se ha sugerido, la institucionalidad del derecho internacional de los derechos humanos ha contribuido a acelerar transformaciones jurídicas y sociales en el ámbito interno de varios países.

11. Un reflejo tardío de esa esperanza en el derecho internacional de los derechos humanos llevó en el derecho chileno a asumir desde la Constitución la importancia del debate internacional. En las postrimerías de la dictadura, al negociarse ciertas garantías institucionales para el tránsito de la democracia[18], se forjó una reforma constitucional en cuya virtud los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales vigentes en Chile debían entenderse como límites a la soberanía (artículo 5° inciso segundo).

A pesar de esas buenas intenciones, en un aspecto técnico esta reforma no fue rigurosa y permitió el surgimiento de discrepancias acerca del valor legal preciso, esto es, la jerarquía de estos tratados. Este vacío ha tendido a ser suplido por la doctrina, pero es evidente que, por ingeniosas o razonables que sean las interpretaciones, no lograrán sustituir a una deliberación auténticamente democrática que defina el valor legal interno de los instrumentos internacionales.

Mientras la doctrina concuerda en forma relativamente pacífica en que la jerarquía de los tratados internacionales equivale, en general, a aquella que detenta la ley[19], respecto de los tratados internacionales de derechos humanos no hay tal uniformidad. Dos posturas se disputan la interpretación correcta en torno al rango que corresponde asignarles a los tratados de derechos humanos: mientras algunos postulan que esta

[18] C. Andrade (1991).
[19] S. Mohor y G. Fiamma (1994), p. 115 y ss.

jerarquía es supralegal e infraconstitucional[20], otros llegan al extremo de asignarles valor constitucional[21], asumiendo que estos tratados serían un mecanismo indirecto de reforma constitucional (!)[22].

Escapa al alcance del presente análisis una revisión exhaustiva de esta disputa doctrinal, que probablemente perdure abierta por un tiempo importante en nuestro medio[23]. En cualquier caso, independientemente de la tesis que prevalezca, debe advertirse que el alcance de esta regla no puede ser tal de despojar al legislador de su competencia normativa sobre la materia. Es cierto que para la teoría política los derechos humanos, en cuanto anteriores y superiores al Estado, son límites que el legislativo no puede suprimir. No obstante, por su carácter universal, por su contenido moral o muchas veces ideal (como ocurre típicamente con los derechos sociales) y también por la textura abierta que suelen tener los textos que los describen, estos derechos necesitan de una concreción normativa más o menos fuerte para alcanzar eficacia. Entonces es el legislador democrático quien debe definir las modalidades de ejercicio de los derechos humanos. Así suelen reconocerlo por lo demás, frecuentemente, los tratados internacionales de derechos humanos[24], como ocurre también con el Convenio[25] (sin perjuicio de lo que se dirá en los párrafos que siguen).

www.cepchile.cl

[20] R. Bertelsen (1996), p. 211 y ss., argumentando que el control de constitucionalidad a que pueden estar sujetos los tratados sería demostrativo del carácter subordinado de los tratados respecto de la Constitución.

[21] F. Cumplido (1996), p. 255 y ss.; H. Nogueira (2003), p. 403 y ss. En concepto de este último, aun antes de la reforma, el límite de la soberanía se encontraba en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Luego de ésta, sólo se ha reconocido que estos límites pueden provenir también de los tratados internacionales que reconozcan o protejan derechos humanos.

[22] H. Nogueira (1997), p. 9 y ss. Tal tesis, al parecer, está en germen ya en el trabajo de S. Mohor (1990), p. 153 y ss.

[23] Una erudita revisión de la discusión, en A. Guzmán (2001), p. 102 y ss.

[24] Basta con recordar la siguiente regla del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que compromete a sus signatarios a informar acerca de "las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos" (art. 40), o en forma más elocuente, el compromiso fundamental asumido en virtud del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en orden a "adoptar medidas […] especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1).

[25] "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país", dice el art. 34 del Convenio 169.

12. La discusión abierta en torno a cierta categoría de tratados concierne, según los términos constitucionales, a aquellos que garanticen "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". En general, se asume que esa expresión recubre a los llamados "derechos humanos", aquellos que la tradición iusnaturalista de la Ilustración identificó con la naturaleza del hombre. No obstante, una interpretación constitucional respetuosa de las competencias normativas diseñadas por el constituyente no debería conformarse con generalidades sino con una determinación más rigurosa del contenido mismo de estas expresiones. La disposición en análisis no se refiere al derecho internacional de los derechos humanos, no alude a instrumentos no vinculantes elaborados en sedes internacionales sobre esa materia, ni autoriza tampoco la ejecución inmediata en Chile de las resoluciones de instancias jurisdiccionales internacionales que se hayan pronunciado en materia de derechos humanos[26]. Como ha dicho un connotado constitucionalista, la referencia al carácter "esencial" de estos derechos impide proyectar el concepto "hacia consecuencias más o menos lejanas de aquello que es ineludible, por corresponder más bien a las diversas alternativas de aplicación" derivadas de circunstancias accidentales; a fin de cuentas, por la repercusión de estos derechos en el ejercicio de la soberanía, no conviene exagerar su alcance, generando "una excesiva drasticidad normativa" que perturbe "la evolución del ordenamiento jurídico"[27].

13. Por la impronta cosmopolita de los derechos que la Ilustración imaginó como inherentes a todo hombre[28], resulta difícil considerar que las herramientas contempladas en el Convenio 169 integren la categoría clásica de derechos humanos, según se analizara (*supra* § 4). Desde que los individuos beneficiarios de estas herramientas gozan de sus ventajas en tanto pertenezcan a grupos étnicos determinados y, en algunos casos, las empleen por intermedio de organizaciones integradas por otros individuos del mismo origen, no puede adscribírselas sin más a un género formado por derechos que se asumen como emanación directa de la naturaleza humana.

14. Con el objeto de obviar la conclusión que acaba de indicarse, algunos han propuesto el argumento de que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas serían derechos humanos "de tercera

[26] Véase, p. ej., J. M. Quinzio (2002), p. 9 y ss.
[27] A. Silva (1997), p. 106 y ss.
[28] En el mismo sentido, R. Correa (2002).

generación"[29]. Esta expresión no es suficientemente precisa; y aunque es probable que en esa misma imprecisión resida su fuerza atractiva, no debiese ignorarse que, en sí misma, la idea de una tercera generación de derechos humanos es objeto de amplio debate en la filosofía del derecho.

¿Existe un catálogo de derechos de la tercera generación? Sin duda, ningún instrumento autoritativo emanado de instancias oficiales del derecho internacional ha pretendido consolidar un debate aún abierto en torno a esta idea mediante un catálogo preciso. Son descripciones doctrinarias las que mayor información entregan sobre la cuestión, arrojando más sombra que luz sobre los contornos de esta materia. "La paz, la calidad de vida y la libertad informática no son los únicos derechos que conforman la tercera generación, aunque quizás sean los más representativos y consolidados", escribe un profesor español, agregando a los anteriores otros derechos de muy heterogénea significación, tales como "las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho de los pueblos al desarrollo, el derecho al cambio de sexo, o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito..."[30]. Como puede apreciarse, la diversidad parece ser un rasgo común a las concreciones de esta tercera generación de derechos humanos.

En realidad, la clasificación de los derechos humanos por "generaciones" (esto es, atendiendo a la época de su aparición) es un método más político que jurídico, en cuanto busca identificar categorías de derechos con la sensibilidad de ciertas épocas. Al aludirse a una tercera generación se expresa la pretensión de ver emerger una categoría nueva de derechos que supere la dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales. La tercera generación de derechos humanos tendría por fundamento común una cierta idea de solidaridad, en la medida que traducen aspiraciones de un modo de vida que sólo puede ejercerse en común con otros, y dependen entonces de un cierto grado de reciprocidad de los demás. Se trataría de derechos que se ejercen en un contexto determinado y conjuntamente con los otros miembros de la comunidad. Entonces, estos derechos rompen con la tradición clásica de los dere-

[29] Es, en particular, el caso de los profesores S. Montt y M. Matta, "Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile", en esta misma revista.

[30] Antonio-Enrique Pérez Luño (1991), p. 203 y ss.

chos humanos (que había pretendido erigirlos en exigencias universales, suprimiendo las diferencias existentes entre los hombres); los nuevos derechos humanos ya no se referirían al individuo sino al "hombre situado", esto es, se construirían tomando en consideración el contexto social e histórico en que se inserta. De aquí que la adscripción del individuo a ciertos grupos conformados en torno a una identificación cultural, religiosa, lingüística o étnica contribuya a definir estos derechos.

15. Como puede verse, hay algo insalvable en la pretensión de asignar rango de derechos humanos, si no a la llamada tercera generación en su conjunto, al menos a los derechos consultados en el Convenio 169. Al circunscribir estos derechos al ámbito restringido de los pueblos indígenas, el Convenio opta por consagrar derechos indígenas, no derechos humanos. Sus destinatarios no son los chilenos ni mucho menos el ciudadano del mundo, sino algunos de ellos. Por lo tanto, no puede afirmarse que la naturaleza del hombre incida en el reconocimiento de estos derechos. Esta conclusión, a decir verdad, vale sólo a medias, pues en varios aspectos las disposiciones del Convenio pueden reconducirse a prerrogativas que ya cuentan con reconocimiento individual (en general, aquellas que conciernen a la discriminación contra el indígena en sus relaciones de trabajo o frente al medio educativo). Pero en los aspectos más críticos del Convenio, como ocurre con el caso singular del "derecho a la consulta" previsto en especial por el artículo 6, el reparo no puede ser obviado.

El Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas y éstos el "derecho" correlativo de ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, consulta que ha de efectuarse de buena fe atendidas las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Así, se reconoce a los pueblos indígenas un cierto derecho a pronunciarse preventivamente acerca de cualquier ley o procedimiento administrativo que pueda llegar a incidir en su esfera de intereses, lo cual supone una especialísima facultad de injerencia en la gestión de los asuntos públicos. Ciertamente el régimen constitucional presupone un derecho de todas las personas "a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", lo cual es una concepción bastante generosa de la ciudadanía[31]; ahora los in-

[31] Recientemente la Corte Suprema ha sugerido que ese derecho tendría el carácter de fundamental. Fallo de 14 de octubre de 2010, Rol N° 4078-2010, considerando 1° (caso del Ducto de Celulosa Arauco en la localidad de Mehuín).

tegrantes de pueblos indígenas pasarían a gozar de una ciudadanía fortalecida, en cuanto ha de tomarse en consideración su opinión en cada procedimiento que les resulte directamente aplicable: ¿son los indígenas más ciudadanos que el resto de los chilenos?, ¿más humanos que los demás chilenos? El régimen singularísimo que el Convenio 169 pretende instituir respecto de la consulta no puede justificarse en una naturaleza común a los hombres.

Ciertamente no puede descartarse *a priori* que algunas de las manifestaciones de los derechos de tercera generación ejerzan influencia sobre el derecho positivo; la preocupación creciente por el medio ambiente es un buen ejemplo de la adaptación de los instrumentos tradicionales de tutela del individuo a los nuevos derechos[32]. Es más, la tutela de intereses colectivos o difusos puede resultar indispensable desde una perspectiva individual, a fin de evitar que la libertad de tipo clásico quede reducida a un plano puramente formal. Por ejemplo, según las circunstancias puede parecer necesario "proteger los cultos, las lenguas y los modos de vida a nivel de comunidades, y no sólo garantizar la libertad de conciencia u otra a nivel estrictamente individual"[33]. Si la tutela de intereses colectivos prolonga la protección de intereses individuales, entonces puede imaginarse que algunas de las aspiraciones que pasan por derechos de la tercera generación se incorporen al derecho positivo en tanto derivaciones o concreciones de los derechos humanos de tipo clásico. Pero en sí misma, la categoría de derechos humanos de tercera generación continúa ofreciendo demasiados flancos a la crítica como para aceptarla sin discusión, según se ha visto.

www.cepchile.cl

Otros argumentos intentados para dar aplicación al derecho internacional

16. Un segundo argumento empleado para asignar eficacia inmediata al derecho internacional recurre a una distinción extraída del diseño de las reglas contenidas en tratados internacionales, entendiendo que algunas de sus cláusulas son autoejecutables y otras no. El Tribunal Constitucional, precisamente a propósito del Convenio 169, se ha

[32] Para el caso chileno, en que parte importante de la protección judicial del medio ambiente se ha canalizado mediante el recurso de protección de las garantías constitucionales, véase A. Bordalí (2004).

[33] G. Haarscher (2003), p. 190 ss.

referido a las primeras como aquellas que por su contenido y precisión son susceptibles de ser aplicadas en el derecho interno sin más trámite que la aprobación del tratado; las segundas, en cambio, serían aquellas que para su entrada en vigencia requerirían de alguna manifestación normativa adicional por parte del Estado suscribiente[34]. Concretamente en el caso del Convenio, el Tribunal ha asignado carácter autoejecutable a algunas de sus disposiciones, entre las cuales se cuenta la relativa al "derecho a la consulta".

Diversos ordenamientos estatales adhieren a este criterio, que en el chileno carece de fundamento normativo. Su reconocimiento puntual en ciertas decisiones judiciales debe ser mirado como una doctrina aceptada *de lege ferenda*. Más aún, la concreción con que parezcan revestidos ciertos preceptos de un instrumento internacional no garantiza por sí sola su aplicación de una manera unívoca[35], sino que eventualmente admiten, como ocurre en el caso del "derecho a la consulta" del Convenio 169, una regulación suplementaria que defina sus modalidades de ejecución[36].

17. La aplicación inmediata de los tratados internacionales en el derecho interno ha pretendido derivarse, por último, de ciertas reglas contenidas en el derecho internacional de los tratados. En la experiencia chilena ha sido especialmente relevante al efecto la regla, consecuencia del principio de buena fe, que impide a un estado parte "invocar las

[34] Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, *Constitucionalidad del Convenio Nº 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes - Rol 309*, cons. 48.

[35] Un ejemplo especialmente elocuente de la debilidad del criterio de autoejecutabilidad de los tratados está en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional. La concreción del tratado no ofrece dudas (describe con detalle conductas que debiesen estar sancionadas penalmente), pero la estructura del derecho chileno —fiel al clásico principio *nullum crimen nulla pœna sine lege*— impide la aplicación de esas reglas en tanto no sean recogidas formalmente por la ley. Así, tras la ratificación del tratado, fue preciso una ley especial que tipificase los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra de competencia de esa Corte (Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009).

[36] Así, el "Reglamento del artículo 34 de la ley N° 19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas", aprobado por Decreto Supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, publicado el 25 de septiembre de 2009. Formalmente el reglamento se sustenta en la legislación doméstica (Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas); no obstante, entre las consideraciones que justifican la regulación se alude al deber general de consultar a los pueblos indígenas interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente contemplado en el art. 6 del Convenio 169.

disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 27). Algunas sentencias, recaídas en casos penales sobre violaciones a los derechos humanos bajo la dictadura, han recurrido a esta regla para justificar la aplicabilidad directa de ciertos instrumentos internacionales y hacerlos prevalecer sobre normas internas de jerarquía legal[37] (en particular, la llamada "Ley de Amnistía", Decreto Ley N° 2191 de 1978).

Como lo ha sugerido la doctrina, el derecho de los tratados no ha previsto mecanismos que tiendan a incorporar mecánicamente los tratados al derecho interno de cada Estado parte. Ni la Convención de Viena ni otro texto supranacional contienen reglas que confieran de modo genérico carácter autoejecutable a disposiciones contenidas en tratados. El compromiso que contraen los Estados al suscribir un tratado los obliga a cumplir de buena fe sus disposiciones, sin que puedan invocar al efecto como excusa legítima la existencia de normas internas contradictorias con el tratado[38]. Es en el ámbito de la responsabilidad que se sitúa la utilidad de esta regla, no en el plano de la eficacia normativa del tratado.

18. Como puede apreciarse, no hay buenos argumentos para plantear en forma inequívoca que los tratados internacionales producen un efecto directo e inmediato en el derecho interno desde su ratificación. La discusión sobre la materia ha estado contaminada por un propósito seguramente loable de evitar que el fruto de las relaciones internacionales sea letra muerta, pero no se ha prestado atención a las condiciones institucionales en que el derecho está llamado a escribirse y aplicarse en el Estado moderno. La manera en que tradicionalmente se ha concebido la fuerza del derecho internacional, el menos en Chile, ha impedido que éste despliegue automáticamente sus efectos en el derecho interno. Frente a ese estado de cosas, la pregunta que es pertinente formular tiene por objeto indagar si han cambiado las reglas del juego; pretender responderla mediante las alusiones indirectas que efectúa la Constitución no resulta consistente con exigencias democráticas, más todavía cuando se asume que la incorporación de ciertos instrumentos despojaría al legislador de sus competencias normativas.

[37] *Cf.* J. P. Mañalich (2010).
[38] X. Fuentes (2007).

www.cepchile.cl

En síntesis, la entrada en vigencia del Convenio 169 inaugura un proceso importante de redefinición normativa del estatus jurídico de los indígenas en Chile. Es un error pensar que la sola ratificación del Convenio es suficiente forma de cumplir con él.

III. Riesgos de la aplicación directa de los instrumentos internacionales en el derecho interno

19. Es difícil predecir la actitud que tomarán los jueces frente a las reglas del Convenio 169. No obstante su origen internacional (es decir, la necesidad de adaptación normativa de sus reglas al derecho interno), la textura abierta de sus reglas y la prudente norma de clausura que llama a aplicarlo "con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país" (art. 34), es muy posible que —fundadamente o no[39]— el Convenio sea invocado formalmente para zanjar litigios, con un impacto variable pero eventualmente perturbador del derecho interno.

Ocurre que la forma en que han sido concebidas estas reglas no admite una aplicación unívoca, sino varias alternativas, cuya elección normalmente no corresponde al juez. Por otra parte, el objetivo ideológico de las reglas puede mover a los jueces a decidir algún asunto sin prestar demasiada atención a las instituciones locales. Es previsible así una vulgarización importante del derecho que debiese ser evitada mediante la adopción consciente de reglas más precisas[40].

Impacto previsible del Convenio en materias patrimoniales

20. En el ámbito patrimonial, el Convenio no ha mostrado aún la forma en que desplegará sus efectos pero ya se ha visto que la sensibilidad a que apela es susceptible de desdibujar los contornos de ciertos conceptos jurídicos.

---

[39] Es preocupante constatar que algunas sentencias ni siquiera se preocupan de analizar bien este punto. Un ejemplo grave en la Corte de Apelaciones de Temuco, 16 de septiembre de 2009, *Liconao Huircapan c/ Soc. Palermo Ltda.*, Legal Publishing N° 42914, donde se insinúa la irrelevancia de la cuestión: "que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción" (cons. 10).

[40] R. Correa (2001), p. 249 y ss.

www.cepchile.cl

Un ejemplo está dado por una sentencia recaída en materia de derechos de agua. Se trataba de un caso de regularización de derechos de aprovechamiento por parte de una comunidad aimara, en el norte del país.

Respecto de las etnias aimara y atacameña, la preservación del agua ha sido objeto de reglas legales específicas[41], tendientes a reconocerles titularidad jurídica plena, atendida la utilización que han hecho de este recurso desde tiempos inmemoriales; la desprotección en que estos indígenas se hallan frente al uso intensivo de recursos hídricos por otros titulares estaba poniendo en riesgo la subsistencia de algunos poblados y la pervivencia de sus formas de vida[42]. Es probable que estas soluciones susciten reticencia, porque el reconocimiento de derechos ancestrales se superpone a la certidumbre asociada al régimen de registro de derechos de aprovechamiento otorgados por la autoridad; de pronto, el reconocimiento de derechos ancestrales revela que el caudal disponible es inferior a lo que se preveía, con un efecto aparentemente perturbador de los demás derechos reconocidos[43]. Ahora bien, desde un punto de vista legal los indígenas que han estado permanentemente en posesión de sus aguas en forma ininterrumpida, pacífica y no clandestina deben tener reconocido un auténtico derecho de propiedad, al igual que ocurriría con cualesquiera otros bienes (y especialmente, los inmuebles, también sujetos a un régimen de posesión inscrita)[44]. Al reconocer un derecho de propiedad ancestral en este caso, la ley ha venido a corregir injusticias históricas a que había conducido una aplicación meramente formalista de las reglas anteriores.

Con todo, en circunstancias que el dispositivo legal armoniza con el régimen general de adquisición de la propiedad, algunas decisiones han parecido buscar una justificación adicional en la noción de *há-*

[41] La ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, dispone categóricamente que "se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas", estimando como "bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena… las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes" (art. 64). Esa declaración legislativa ha hecho posible la aplicación de los procedimientos de regularización de derechos de agua, previstos en el art. 2 transitorio del Código de Aguas.

[42] M. Cuadra (2000), p. 85 y ss.

[43] Así, Corte Suprema, 22 de marzo de 2004, *Comunidad Atacameña Toconce c/ Essan S.A.*, Legal Publishing N° 29892.

[44] Puede advertirse una analogía fuerte entre el caso de las aguas ancestrales, ocultas para el régimen registral, y el de los inmuebles incluidos por una heredad inscrita en base a deslindes arcifinios, inscripción "de papel", en los términos de L. Urrutia (1934), p. 5 y ss.

www.cepchile.cl

bitat reconocida por el Convenio[45]. Sin duda se trata de un argumento suplementario que no sustenta por sí solo el mecanismo legal, pero cuya invocación por tribunales superiores es demostrativa de la tentación de algunos jueces de innovar en el sistema jurídico por consideraciones ideológicas, en detrimento de las categorías jurídicas.

21. En materia de expropiación, el caso *Queupumil* da cuenta de un fenómeno similar. El caso llegó a conocimiento de la justicia por demanda relativa al avalúo de un inmueble situado en tierras indígenas. Apoyado en un peritaje antropológico, el juez de primera instancia asumió que esa condición de la tierra es un factor relevante para su valorización, atendido que en la región de la Araucanía "dichas tierras en sí no deben ser sólo consideradas de acuerdo al valor del mercado de los chilenos no indígenas, sino que dentro del contexto de la población indígena, por constituir la tierra la base material que mantiene el continuo de persistencia de los individuos y la cultura mapuche"[46]. En circunstancias que la indemnización por expropiación cubre el daño patrimonial efectivamente causado por la operación, el argumento acogido por el juez asumía que, por su importancia cultural para los mapuches, el justo precio de las tierras indígenas debería medirse con herramientas distintas al valor de mercado, con un efecto de encarecimiento artificial de las obras públicas. Sin duda el error no se sustentaba en el Convenio 169 y, en todo caso, fue rectificado por instancias superiores[47], pero otra

[45] Así ocurre con un fallo de la Corte Suprema que invoca el Convenio para analizar si un derecho de agua era de propiedad de la comunidad indígena demandante. El agua se captaba desde tierras de propiedad ajena (no indígena), pero este dato no es relevante según la Corte a la luz del Convenio 169, cuyo artículo 13 entiende el término "tierras" en el sentido de "territorios, lo que cubre totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (cons. 5). Esta referencia al Convenio era innecesaria, desde que a pesar del dominio ajeno de la tierra, el derecho de los indígenas sobre las aguas se traducía "en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio, del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama" (cons. 5). Fallo de 25 de noviembre de 2009, *Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C c/ Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama*, Legal Publishing N° 43117.

[46] 3er Juzg. Civ. Temuco, 9 de mayo de 2003, Rol Nº 331-D, inédita, cons. 8.

[47] Según la Corte de Apelaciones de Temuco, "no existe en la legislación nacional… una discriminación positiva en materia de expropiación por la sola circunstancia que un terreno ubicado en un área rural tenga origen indígena", debiendo aplicarse en consecuencia las normas generales que regulan esta materia (sentencia de 31 de enero de 2005, Rol Nº 1155-2003, cons. 4, confirmada por Corte Suprema, 24 de mayo de 2005, Rol Nº 1408-2005, inéditas).

vez es significativo de la voluntad de ciertos jueces de construir *ex nihilo* un derecho nuevo sobre la base de buenas intenciones.

Impacto del Convenio en procesos de decisiones públicas

22. Hasta aquí, los pronunciamientos judiciales relativos al impacto del Convenio en el derecho interno sólo se refieren a procesos decisionales a los que se aplica el procedimiento de consulta. Las sentencias no han logrado disipar la incertidumbre suscitada por la intervención simultánea de tan distintos textos que prevén grados excepcionales de participación de los indígenas en la cosa pública. Tal incertidumbre probablemente se debe a una falta de rigor sistemático en el análisis de la materia.

23. Es cierto que la indefinición normativa puede despertar dudas, como ocurre con la extensión del mecanismo de la consulta a los procesos legislativos. La regla del tratado es amplísima y hay mil maneras de cumplirla; de buena fe, en todo caso, debe intervenir en algún momento antes de la clausura del debate legislativo, a fin de que pueda tener un efecto práctico sobre la voluntad soberana representada en el Congreso. No se conoce el efecto que podría conllevar el cumplimiento imperfecto de este trámite. La jurisprudencia que ha admitido la inconstitucionalidad de leyes dictadas sin dar cumplimiento a trámites de consulta obligatorios[48] no es aplicable a este caso, porque aquí la exigencia no tiene rango constitucional[49]. Más allá de los predecibles efectos políticos de tal omisión (y la responsabilidad que pudiese surgir en el plano internacional), no pueden preverse consecuencias sobre la eficacia de las leyes.

24. En relación con los procedimientos administrativos, el Estado del derecho es más claro, porque en principio la omisión de trámites

[48] Tribunal Constitucional, 24 de marzo de 2010, *Proyecto de ley que otorga un bono solidario a las familias de menores ingresos - Rol 1651*.

[49] El mismo Tribunal Constitucional ha dicho que el Convenio no tiene efecto modificatorio sobre la Constitución. Específicamente en cuanto al procedimiento de consulta, sostuvo que aunque alteraba la lógica de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, "por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental" (sentencia de 4 de agosto de 2000, *Rol 309*, cons. 6). Posteriormente afirmó que esta consulta no "afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece" (sentencia de 3 de abril de 2008, *Rol 1050*, cons. 14).

como el de la consulta, no vinculantes, no tiene tanta trascendencia como para provocar la ineficacia de las medidas que se tomen. Esta relativa irrelevancia de los defectos formales es susceptible de frustrar las esperanzas puestas en los generosos términos del Convenio, augurando así, en alguna medida, soluciones poco razonables.

25. Se recordará que el Convenio ordena a los gobiernos "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". Mientras no se hayan consolidado las soluciones, se discutirán seguramente con criterio exegético los términos precisos de esta disposición. Si la consulta se aplica a las medidas que "se prevean", posiblemente aquellas que se adopten en la inmediatez de circunstancias urgentes escaparán a esta exigencia[50]. También exigirá algún grado de precisión la noción misma de "medidas"[51]. En fin, pero tal vez más importante aún, será relevante definir qué significa que el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio se dirija a "los gobiernos"[52]. Estas indicaciones tendrán utilidad cierta para definir los alcances de la consulta, pero no agotarán la cuestión de su importancia jurídica.

26. En principio, el ámbito en que podría llegar a operar la consulta es amplísimo, pues cubre todo el espectro de los procedimientos

[50] Así parece desprenderse de lo resuelto en el caso cerro Colo-Colo en la comuna de Arauco, relativo a la tala de árboles inestables tras el terremoto de febrero de 2010, que al caer alteraron monumentos indígenas. Según la Corte, aunque tras el terremoto resultó necesario "adoptar diferentes medidas de emergencia", en el caso concreto el contrato celebrado para llevar a cabo los trabajos fue aprobado "previa la realización de incontables diligencias destinadas a recabar los necesarios informes y autorizaciones, lo que hace incomprensible que no se haya desplegado conducta alguna tendiente a consultar a los pueblos indígenas interesados". Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2010, *Comunidad Indígena Chilcoco c/ Municipalidad de Arauco*, Rol Nº 289-2010, inédita, cons. 9.

[51] P. ej., Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de enero de 2010, *Puelman Ñanco y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía*, Rol Nº 1705-2009, Legal Publishing Nº 43288, revocada por Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Rol Nº 1525-2010, inédita.

[52] Aunque el mismo Tribunal se anticipó a calificar como autoejecutable el art. 6° del Convenio, no pudo menos que reconocer que la utilización de expresiones tales como *deberán reconocerse*, *deberán tomarse medidas*, *deberá prestarse particular atención*, *los gobiernos deberán*, o *deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional*, "permite concluir que tales disposiciones responden al tipo de preceptos no ejecutables con el sólo mérito del tratado" (fallo de 4 de agosto de 2000, *Rol 309*, cons. 65).

administrativos, a condición de que la decisión que tengan por objeto adoptar incida en el círculo de intereses de un pueblo indígena[53]. Desde el ámbito municipal hasta el propiamente gubernamental, pasando por todos los servicios sectoriales, los procedimientos que tiendan a la dictación de medidas que afecten colectividades indígenas deben contemplar el trámite de la consulta.

Este tipo de instancias de participación comunitaria es especialmente aplicable a los procedimientos de elaboración de reglas de alcance general. En la elaboración de reglamentos, instrumentos de planificación territorial y otros cuerpos de normas de aplicación general y abstracta (aunque sea restringida al ámbito de una industria en particular) suele contemplarse la participación de grupos de interés a quienes puedan concernir esas reglas, por lo general por medio del trámite de la "información pública" (Ley 19.880, art. 39). Ahora bien, los mecanismos de participación no deben necesariamente excluirse de los procedimientos cuyo objeto sea la adopción de actos o medidas de alcance singular; aunque en principio el círculo de intereses afectados por estos procedimientos es más reducido, la radicación de las decisiones en el ámbito de la administración pública supone siempre la intervención del interés general en ellas. Así lo muestra el caso particular de los permisos ambientales, que suponen balancear frente a las exigencias ambientales el interés privado del peticionario y el interés general, y que consideran bajo ciertas circunstancias la participación de la comunidad (Ley 19.300, arts. 26 y ss.).

Los mecanismos de participación comunitaria en las decisiones públicas han ido adquiriendo cada vez más importancia en nuestro medio. Un hito particularmente significativo al respecto ha sido la institucionalización de vías eficaces de acceso a la información pública (Ley 20.285), que encuentra en la labor desempeñada por el Consejo para la Transparencia su mejor exponente[54]. Aunque no puede predecirse exactamente el impacto que tendrá en la ciudadanía el principio de transparencia, es bastante evidente que su consagración legislativa persiguió corregir asimetrías de información entre gobernantes y gober-

[53] Debe tenerse presente, sin embargo, que el Reglamento del procedimiento de consultas no se aplica *per se* a ciertos organismos públicos dotados de algún grado de autonomía, entre otras, las municipalidades.

[54] Pero no el único caso. V. la reciente Ley 20.420 (19 de febrero de 2010), que "crea" los derechos de los contribuyentes y ordena modificaciones al Código Tributario, para garantizar el cumplimiento de estos derechos.

nados, de modo de poner a éstos en relación directa con la gestión de la cosa pública[55]. El parentesco entre esta regulación y los mecanismos de participación es visible: en cierto modo, también se trata de colocar directamente a la ciudadanía en presencia de los asuntos de interés público, haciendo valer sus puntos de vista, aportando elementos de juicio, controlando a la autoridad. Al atribuirse a titulares de intereses colectivos la calidad de interesados en los procedimientos administrativos (Ley 19.880, art. 21) se rompe la dicotomía tradicional entre administración y administrado, insertándose directamente a "la comunidad", no sin intermediarios pero independientemente de ellos, en los procesos decisionales. Naturalmente, algo de esto hay en los mecanismos de participación de los indígenas.

27. Ahora bien, modelos de participación comunitaria hay varios, y es preciso reconocer que, con respecto a los pueblos indígenas, el propuesto por el Convenio no corresponde al nivel de mayor intensidad posible[56]. Ciertamente la participación de la comunidad no se traduce en una instancia de codecisión, desde que toda transferencia de soberanía ha sido descartada del Convenio[57]. Tampoco hay concertación, en el sentido de una negociación, a pesar de cierta ambigüedad del Convenio en cuanto la consulta debería llevarse a cabo con el fin de "llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento" de los indígenas (art. 6.2). Un procedimiento de consulta envuelve la expresión jurídica de opiniones emitidas individual o colectivamente frente a una autoridad normativa que permanece como única habilitada para tomar la decisión a que se refiere[58]; por eso, la opinión del colectivo no es vinculante y la autoridad podría apartarse de ella.

Estos mecanismos de participación comunitaria tienen en general por objeto proveer a la autoridad de mayores elementos de juicio para adoptar sus decisiones. Un ideal racionalizador propio de la ética de

---

[55] *Cf.* J. M. Valdivia (2011).

[56] *Cf.* É. Debaets (2010), p. 155 y ss.

[57] Según el Tribunal Constitucional, que dedicó largos razonamientos a la cuestión, la expresión *pueblos indígenas* debe entenderse "como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan… no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado". Sentencia de 4 de agosto de 2000, *Rol 309*, cons. 44.

[58] Y. Weber, *L'Administration Consultative* (París: LGDJ, 1968, p. 1), citado por E. Debaets (2010), p. 168.

servicio público quiere que las autoridades actúen siempre movidas por razones y no por sus propias inclinaciones, necesidades o deseos. Esa es la justificación de trámites como el de la consulta, que podrían parecer superfluos en un modelo puramente autoritario de ejercicio del poder. Este objetivo permite entender también las consecuencias de las irregularidades procedimentales que lleguen a cometerse en la adopción de medidas que no se consulten, o se consulten imperfectamente.

En el régimen legal chileno, la omisión de un trámite administrativo es considerada como una irregularidad formal, y en general estas irregularidades carecen de trascendencia suficiente para anular las decisiones a que conduzcan. Para que impida producir sus frutos a un procedimiento administrativo, el defecto formal en que se incurra debe tener cierto carácter sustancial, según enseña el derecho comparado[59], o recaer en un requisito esencial del acto, causando perjuicio al interesado, en palabras de la ley chilena (Ley 19.880, art. 13). El estándar legal atiende a moderar el formalismo implícito en toda regulación procedimental. Así, la nulidad sólo se reserva para casos graves, en que la omisión de ciertas formalidades afecta aspectos esenciales y causa daño. Los términos legales dan pábulo a duda porque hay pocos requisitos que textualmente tengan reconocido carácter esencial; toca al juez en principio definir qué elementos son esenciales. Pero en relación con los mecanismos de participación, cabe tener en cuenta las reglas especiales dadas para varios casos que guardan alguna similitud con la consulta[60], y que tienden a descartar el efecto anulatorio de la omisión de estos trámites si no ha impedido la dictación de una decisión razonada, en tanto el objetivo de estos trámites es ilustrar a la autoridad[61]. Aun si se asignare a la consulta el carácter más fuerte de un "derecho a ser oído", su omisión podría salvarse si el trámite se cumple en un momento distinto o los interesados allegan al procedimiento sus planteamientos por otra vía.

[59] A. De Laubadère, J.-C. Venezia e Y. Gaudemet (1999), p. 735.

[60] Respecto del trámite de "información pública", la ley se limita a prever que "la Administración otorgará una respuesta razonada" a las observaciones que lleguen a plantearse, la "que podrá ser común para todas aquellas observaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales" (Ley 19.880, art. 39). Sobre los informes, la ley dispone que si no se evacuaren dentro del plazo previsto al efecto, se podrán proseguir las actuaciones (art. 38), sugiriendo con ello que su omisión no impide la decisión del asunto, salvo en cuanto se trate de informes vinculantes para la autoridad.

[61] En este sentido, en relación con las reglas españolas en materia de informes vinculantes, J. González Pérez y F. González Navarro (2007), p. 2168 y ss.

28. Nada de esto está hoy en las preocupaciones de los jueces en la materia. Casi todos los casos que se han llevado a disputa judicial tienen connotaciones ambientales y han tendido a ser resueltos desde la especificidad propia del derecho ambiental. Es cierto que en el sistema de evaluación de impacto ambiental, los proyectos en general de mayor complejidad o envergadura deben someterse a un trámite exigente, en que la comunidad debe tener ocasión de ser oída. La pregunta fundamental que se han hecho los jueces persigue evaluar si esa audiencia sustituye a la consulta. En la medida que esta audiencia ofrece también a los indígenas ocasión de ser oídos (y a condición de que se la ofrezca), no debiese haber inconveniente en conformarse con ese único trámite, sin necesidad de establecer un mecanismo específicamente destinado a recoger las observaciones de los pueblos indígenas[62]. En otras palabras, si una resolución de calificación ambiental es otorgada haciéndose cargo circunstanciadamente del impacto ambiental que puede generar el proyecto, el vicio de forma en que se haya podido incurrir carecerá de trascendencia anulatoria.

El mismo criterio debería extenderse *mutatis mutandis* a todo caso en que haya de operar la consulta prevista por la ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas (art. 34), y su reglamento[63].

Sin embargo, aunque las soluciones han sido en general correctas, es sorprendente que, metodológicamente, los jueces pretendan resolver estos asuntos con criterios originalistas, sensibles ciertamente a los intereses en juego pero indiferentes a las categorías científicas que el derecho ha labrado para mayor seguridad de esos intereses.

Consecuencias políticas de la aplicación del Convenio

29. También desde una perspectiva política la aplicación inmediata del Convenio 169 por parte de los jueces es susceptible de introducir desorden en las instituciones. En general, el Convenio tiene por

[62] Es la conclusión que deriva de los fallos ya referidos de la Corte Suprema de 17 de mayo de 2010, *Puelman Ñanco y otros c/ Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía*, Rol Nº 1525-2010, y de 14 de octubre de 2010, *Nahuelpán y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Ríos*, Rol N° 4078-2010.

[63] *Cf.* nota 37.

www.cdocchile.cl

objeto ampliar la esfera de "ciudadanía" de los pueblos indígenas; en qué medida hacerlo es una cuestión abierta necesariamente a la deliberación soberana en un régimen republicano, sin que los jueces puedan sustituirla.

A riesgo de insistir, conviene descartar que sea en consideración a los derechos humanos que el Convenio reconozca a los pueblos indígenas una participación reforzada en la cosa pública. Por lo menos rige en la materia un límite infranqueable: las demandas de los indígenas no pueden conducir al control de una parte del territorio. La ambigüedad terminológica del Convenio en torno a los "pueblos" indígenas[64] y la difusión de la idea de su derecho a la autodeterminación puede ciertamente suscitar dudas respecto del alcance del protagonismo político de los colectivos indígenas. No obstante, la hegemonía política sobre una parte del territorio es inconcebible como derecho universal, pues por sí misma hace imposible la coexistencia en el territorio de otros grupos con iguales expectativas[65].

30. ¿En qué medida las disposiciones del Convenio conducen a una sobrerrepresentación de los indígenas en la escena política? En tanto los indígenas, individualmente considerados, están llamados a integrar el cuerpo electoral, lo integran de hecho y en ocasiones algunos incluso postulan a cargos de elección popular, se plantea con fuerza la pregunta acerca de la especificidad de las medidas de participación colectiva previstas por el Convenio. No hay, más allá del caso de los indígenas, reglas que exijan con alcance general oír circunstanciadamente a grupos de interés en forma previa a la adopción de decisiones que puedan afectarles. Es más, una preocupación creciente del diseño de políticas públicas estigmatiza la eventual "captura" del regulador por parte de personas o grupos principalmente concernidos por las regulaciones; va en el mismo sentido la afirmación de exigen-

[64] Debe recordarse, con todo, que en la interpretación oficial del Convenio se ha descartado de modo formal que la expresión "pueblos" sea equivalente al concepto de "pueblo" propio de la filosofía política, como sujeto de la soberanía. Según el mismo Convenio, este término "no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional" (art. 1.3).

[65] "Lo que torna imposible la configuración como 'derecho fundamental' del derecho a constituir un Estado es su no universalizabilidad, esto es, la imposibilidad, en contradicción con nuestra noción teórica de este tipo de derechos, de que el mismo sea reconocido igualmente a todos los pueblos", dice L. Ferrajoli (2007), p. 360.

cias cada vez más severas de probidad, motivada por la reticencia despertada por potenciales conflictos de interés en la actividad política[66]. El caso de los pueblos indígenas es probablemente especial; tal vez con los mecanismos de participación que contempla el Convenio se busca corregir una postergación histórica de que han sido víctimas en el diseño de las políticas. El régimen que se ha configurado en su favor es especial no sólo por las condiciones subjetivas que lo determinan sino también por la ruptura que provoca frente a los principios de la democracia representativa; el reconocimiento de este estatus debe por tanto entenderse en términos restringidos.

Es saludable que la sociedad amplíe las esferas de participación política de sus ciudadanos. Sin embargo, el grado de participación que se reconozca no depende de consideraciones uniformes. En el derecho chileno la ciudadanía no es consustancial a la condición de ser humano, seguramente también por herencia de la Ilustración (que puso en dos planos analíticamente separados al hombre como individuo y al ciudadano con proyección social). Con todo, en este terreno la orientación del derecho tiende hacia una universalización igualitaria: se han superado discriminaciones odiosas respecto de ciertas categorías de personas (como en otro tiempo los pobres o las mujeres), aunque subsisten diferencias razonables en la definición de los atributos políticos del hombre en sociedad (por ejemplo, el justificado tratamiento diferenciado que reciben los menores de edad en la materia). Nuevamente, no hay una receta que determine todas las respuestas: así como la condición de ciudadano está reservada a los chilenos, ciertos ciudadanos chilenos (los que no residen en el territorio) todavía tienen disminuidas las posibilidades de decisión en los asuntos cívicos y, aún más, bajo ciertas condiciones el ordenamiento reconoce derechos de participación política incluso a algunos extranjeros. No es ilegítimo que el ordenamiento refuerce diferenciadamente la condición ciudadana de ciertos grupos, si existen buenas razones para hacerlo. Pero, por la particularidad de la materia, la definición de las reglas depende de una decisión que incumbe adoptar a la soberanía, sin venir determinada por puras consideraciones de derecho internacional.

[66] V. en este sentido, para acontecimientos del último tiempo, los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República con fecha 15 de julio de 2010, N$^{os.}$ 39.453 y 39.500.

IV. Efectos del Convenio en el derecho interno

31. En el Convenio están puestas muchas ilusiones de cambio del régimen jurídico político en que viven los indígenas en Chile. El contexto singular del año 2010 es elocuente de lo acuciante que pueden llegar a ser estas expectativas[67]. En una república seria, la vigencia del Convenio necesariamente debería conducir a una redefinición del régimen jurídico de los indígenas en el mediano plazo. No como consecuencia directa e inmediata de las disposiciones del Convenio, sino por la forma como esas reglas interpelan, en el plano político, a la institucionalidad chilena. En el diálogo político reside el éxito de la adaptación del derecho interno a las exigencias internacionales; en sí misma, la eficacia jurídica inmediata del Convenio no asegura respuestas satisfactorias para las expectativas indígenas.

32. Así es ante todo por la estructura misma del derecho internacional que, edificado sobre la base de la soberanía individual de los Estados, no ha concebido herramientas jurídicas que aseguren la aplicabilidad automática de sus reglas, sino que se limita a cautelar indirectamente su eficacia, por la vía de la responsabilidad en caso de transgresión. Aunque las apariencias indican que el derecho internacional diseña límites intangibles para los Estados, en particular en el terreno de los derechos humanos, no configura en sentido técnico reglas de inalienabilidad sino más bien reglas de responsabilidad[68].

33. Históricamente, la efectividad de los instrumentos internacionales se ha verificado mediante el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado. La inobservancia del tratado, dato frente al cual los jueces internos son tradicionalmente impotentes, no está sin embargo exenta de reacción por parte del derecho internacional. Aunque en general con parsimonia, instancias internacionales cada vez más diversificadas (pero no uniformes) se encargan de hacer efectiva esta responsabilidad, mostrando así la importancia progresiva del derecho internacional y las mutaciones de la conciencia jurídica respecto de su fuerza vinculante.

---

[67] Para poner término a un conflicto social suscitado por la aplicación de la ley antiterrorista a ciertos mapuches, el gobierno ha anunciado diversas medidas pecuniarias e institucionales, dando a entender incluso que éstas abarcarían el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

[68] *Cf.* G. Calabresi y A. Douglas Melamed (1996), p. 347 y ss.

www.cepchile.cl

Como en el foro internacional no se reconoce legitimación activa plena a los individuos (vale decir, capacidad para arrastrar a un Estado a juicio), la reparación de los daños que experimenten por causa de violación al derecho internacional tradicionalmente ha exigido que la víctima sea patrocinada por el Estado al que pertenece para efectos de sostener un debate contencioso aceptable. Algo de eso está cambiando también, paulatinamente, como lo muestra el hecho de que incluso los propios nacionales del Estado transgresor del derecho internacional hayan accedido a instancias de reparación (p. ej., mediante el patrocinio de una organización internacional, como en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Naturalmente, las posibilidades de configurar una responsabilidad operativa son muy reducidas en aquellos casos en que no se ha confiado a una jurisdicción internacional el conocimiento de las disputas relativas a su transgresión, como ocurre con el Convenio 169.

Sin perjuicio de la apertura que en el largo plazo llegue a mostrar el derecho internacional en la materia, debe tenerse en cuenta que por lo general los daños que sufran los nacionales de un Estado por actos de ese Estado deben ser reparados conforme al derecho interno. Hoy por hoy Chile posee en la materia un régimen ampliamente desarrollado de responsabilidad pública[69], aunque probablemente tampoco convenga poner demasiadas expectativas en ella, con relación al Convenio.

34. La responsabilidad internacional del Estado presenta una ventaja indudable desde la perspectiva de la imputabilidad: al derecho internacional no le importa la estructura interna de instituciones del Estado transgresor, de modo que su responsabilidad surge sin consideración a la jerarquía funcional o normativa de sus actos. Legislador, gobierno o jueces, incluso si el daño deriva del ejercicio del poder constituyente en teoría, la responsabilidad se ve comprometida en idénticos términos. Frente al derecho internacional, el Estado tiene una unidad que priva de pertinencia las excusas vinculadas al origen institucional preciso del hecho ilícito que compromete su responsabilidad.

En contraste, lo que al derecho internacional resulta irrelevante no lo es para el derecho interno. La estructura institucional de poderes públicos puede tornar vanas las tentativas de hacer responsable al Estado por violación de instrumentos internacionales, en idénticos términos

[69] Véase. E. Barros (2006), p. 481 y ss.

que en el derecho internacional. La cuestión de la responsabilidad del Estado legislador, en particular, no parece demasiado auspiciosa, a pesar de las evoluciones que se advierten en la materia desde el derecho comparado[70]. Por un reflejo de convicciones tradicionales de la teoría política, la idea de que el legislador incurra en culpa ha estado prácticamente excluida de cualquier análisis sobre esta materia, y correlativamente la única responsabilidad susceptible de concebirse intelectualmente se construía al margen de la culpa[71]. Algo de eso está cambiando al aceptarse la responsabilidad por consecuencias derivadas de la falta de adaptación normativa del derecho interno al derecho internacional. Aunque tampoco puede descartarse una evolución similar en Chile, no debe perderse de vista que en el régimen político institucional chileno los jueces ordinarios no son censores de la ley, de modo que habrá de encontrarse un mecanismo judicial específico que permita juzgar la obra legislativa conforme a su dignidad intrínseca.

En otros términos, sin perjuicio de los avances registrados por el principio de responsabilidad, tampoco hay que ilusionarse demasiado con ella. Mal que mal, la responsabilidad siempre busca definir las circunstancias bajo las cuales un daño debe mirarse como injusto, y tratándose de la frustración de expectativas de cambio del pacto republicano, esa injusticia es muy difícil de reconocer […] al menos mientras el pacto republicano no cambie.

35. La efectividad del derecho internacional no se mide con indicadores análogos a los que rigen en el derecho interno.

Pretender que su vigencia habilita a los jueces a sacar conclusiones inmediatas sigue siendo una ilusión que no da cuenta de la com-

[70] Para el paradigma de derecho francés, v. el fallo del Consejo de Estado de 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*, *Revue Francaise de Droit Administratif* 2007, p. 361 y ss. La sentencia hace responsable a la República francesa "en razón de las obligaciones que asume para asegurar el respeto de las convenciones internacionales por la autoridad pública".

[71] Históricamente, la responsabilidad del Estado por daños provocados por leyes se ha canalizado por medio de la idea de ruptura de la igualdad de las cargas públicas, que no supone efectuar juicios de valor sobre el contenido de la ley, sino sólo sobre sus efectos. La jurisprudencia deriva de un fallo del Consejo de Estado de 14 de enero de 1938, *Société anonyme des produits laitiers «La Fleurette»*, M. Long *et alia*, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (París, Dalloz, 12ª ed., 1999), p. 325 y ss. En Chile, algún impacto de esta jurisprudencia se aprecia en la conocida sentencia recaída en el caso *Galletué*, Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1984), vol. 81, sección 5ª, p. 181 y ss.

plejidad del régimen institucional. Por la textura abierta de sus reglas, los instrumentos internacionales son susceptibles de declinarse de muy diversas maneras en el plano interno. La discrecionalidad a que habilitan debe ejercerse fundamentalmente por los órganos dotados de competencias normativas. En casos extremos, el juez podrá eventualmente reconocer límites que el Estado simplemente no puede ignorar, como ocurriría incluso en caso de una abstención sistemática de la autoridad interna en orden a poner en aplicación las directivas provenientes del derecho internacional; pero indudablemente ese reconocimiento no habilita a los jueces a disponer ellos mismos la forma en que el derecho internacional ha de aclimatarse en el derecho interno[72]. La sujeción del derecho interno al derecho internacional suele regirse por parámetros de compatibilidad, no de mera conformidad[73], sin que el criterio de autoejecutabilidad de ciertos tratados (no obstante sus ventajas) sea una guía infalible para determinar la intensidad de las exigencias internacionales. Sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional ha declarado que las reglas del Convenio 169 relativas a la consulta son autoejecutables, y aún así la forma en que la consulta ha de cobrar fuerza en los casos en que se la requiera sigue necesitando de una regulación más detallada que defina sus modalidades.

36. De lo anterior no se sigue que el derecho internacional carezca de consecuencias jurídicas en el derecho interno, pero éstas siguen situadas prioritariamente en el terreno político. Los compromisos internacionales que asume voluntariamente el Estado son obligatorios para éste, quien debe ajustar sus reglas y procedimientos a las orientaciones que plantean los instrumentos internacionales. Ahí reside precisamente la utilidad de estos instrumentos: al definir objetivos que deben alcanzarse, y que no pueden ser modificados o alterados por decisión unívoca del Estado, se erigen en exigencias irrenunciables que orientan significativamente las decisiones de los órganos políticos.

---

[72] Así se explica el reconocimiento de un cierto efecto derogatorio a las disposiciones de tratados internacionales en materia de derechos humanos, como resulta del fallo del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2009, *inaplicabilidad Muñoz c/ Muñoz - Rol 1340*. En este caso se privó de eficacia al artículo 206 del Código Civil, que restringe la procedencia de acciones de reconocimiento de filiación, por estimar esas restricciones incompatibles con un "derecho a la identidad" previsto por varios instrumentos internacionales en el ámbito de los derechos del niño, infringiendo así el inc. 2º del art. 5º de la Constitución.

[73] Cf. C. Eisenmann (1957), p. 25 y ss.

La insuficiencia de las medidas que se han adoptado para enfrentar las cuestiones indígenas queda en evidencia por la forma recurrente en que siguen apareciendo conflictos sociales vinculados a esta materia. La entrada en vigencia del Convenio 169 es una ocasión valiosa para intentar poner remedio a esta situación, pero exige de la comunidad política una respuesta institucional que necesariamente debe provenir de la ley.

La idea de autoejecutabilidad de los tratados, por persuasiva que resulte para dar seriedad a los compromisos internacionales de los Estados, es susceptible de introducir perturbaciones en las concepciones institucionales del derecho. El ímpetu que han mostrado algunos autores en esta materia no se condice con los riesgos que encierra una propuesta como ésta.

El mejoramiento del estatus jurídico de los indígenas debe provenir de la ley, como una respuesta autoconsciente de la comunidad, particularmente en circunstancias que la orientación preconizada por el Convenio corresponde a un incremento de los derechos ciudadanos de los pueblos indígenas. Esta respuesta tiene que someterse a la deliberación política al más alto nivel. Asumir que su incorporación puede ser impuesta por los tribunales a partir de una interpretación ingenua del artículo 5º de la Constitución, pasando por alto la deliberación pública, daña el principio democrático y supone además correr el riesgo de resultar contraproducente.

Cuando de la sola lectura del Convenio se aprecia que sus disposiciones no fueron diseñadas para aplicarse directamente ("las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio", art. 34), sostener lo contrario significaría —además de defraudar las propias expectativas del Convenio— entregar a los jueces la facultad de decidir el modo de concreción de sus disposiciones, despojando de fuerza normativa a los valores que intentaron resguardarse. Si la observancia del Convenio queda supeditada a los avatares de un pleito, entonces habrá tantas maneras de aplicarlo como jueces sean llamados a conocer de estos asuntos, sin contar los casos en que un mismo tribunal cambie de parecer de un juicio a otro. Sólo el establecimiento de reglas precisas por los representantes de la soberanía popular garantiza que la aplicación del Convenio responda a los propósitos que se han tenido en vista al tiempo de contraer estos compromisos.

www.cepchile.cl

Bibliografía

Aldunate, E. *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008.

Anaya, J. *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Traducción de L. Rodríguez-Piñero. Madrid: Trotta, 2005.

Andrade, C. *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Ley Nº 18.825, publicada en el Diario Oficial del 17 de agosto de 1989*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Balmaceda, E. *Disposiciones Programáticas de la Constitución de 1925*. Santiago: Edit. Universitaria, 1954.

Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Bello, A. *Etnicidad y Ciudadanía en América Latina. La Acción Colectiva de los Pueblos Indígenas.* Santiago: Cepal, 2004.

Bertelsen, R. "Rango jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno". *Revista Chilena de Derecho*, 23, 1996.

Bordalí, A. *Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente*. Santiago: Editorial Fallos del Mes, 2004.

Bravo, B. *Régimen de Gobierno y Partidos Políticos en Chile 1924-1973*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

Calabresi, G. y A. Douglas Melamed. "Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: Una Vista de la Catedral". *Estudios Públicos*, 63, 1996.

Carrasco, S. "Iniciativas sobre Descentralización y Regionalización durante el Período de Vigencia de la Constitución Política de 1925". *Revista Chilena de Derecho*, 24, 1997.

Correa, R. "Tratados Internacionales bajo el Embrujo de Brown". En Andrés J. d'Alessio, *Estado de Derecho y democracia: Un Debate Acerca del Rule of Law*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

———— "Informe de Constitucionalidad Convenio OIT 169". Documento de Trabajo, Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación. Santiago, 2002.

———— "Vulgarización por Constitucionalización". *Derecho y Humanidades*, 11, 2005.

Cuadra, M. "Los Derechos de Agua de Propiedad Ancestral de las Comunidades Atacameñas del Norte de Chile". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2, 2000.

Cumplido, F. "Alcances de la Modificación del Artículo 5º de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales". *Revista Chilena de Derecho*, 23, 1996.

De Laubadère, A., J.-C. Venezia y Y. Gaudemet. *Traité de Droit Administratif,* Tomo I. París: LGDJ, 1999, 15ª edición.

Debaets, É. "Protection des Droits Fondamentaux et Participation de l'Individu aux Décisions Publiques". *Jurisdoctoria*, 4, 2010.

Eisenmann, C. "Le Droit Administratif et le Principe de Légalité". En *Études et Documents du Conseil d'Etat*, 1957.

Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007, 3ª edición.

www.cecchile.cl

Fuentes, X. "El Derecho Internacional y el Derecho Interno: Definitivamente una Pareja Dispareja", 2007. En http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf (consultado en octubre de 2010).

García de Enterría, E. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

González Pérez, J. y F. González Navarro. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Civitas, 2007, 4ª edición.

Guzmán, A. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*. Valparaíso: Editorial Universitaria de Valparaíso, 2001.

Haarscher, G. "Droits de l'Homme". En Philippe Raynaud y Stéphane Rials (dirs.), *Dictionnaire de Philosophie Politique.* París: PUF, 2003, 3a edición.

Hohfeld, W. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Traducción de G. Carrió. México: Fontamara, 1991.

Mañalich, J. P. *Terror, Pena y Amnistía. El Derecho Penal ante el Terrorismo de Estado*. Santiago: Flandes Indiano, 2010.

Mohor, S. "Elementos de Juicio para la Interpretación del Artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980". *Revista de Derecho Público*, 47/48, 1990.

Mohor, S. y Fiamma, G. "La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales". *Revista de Derecho Público*, 55/56, 1994.

Montt, Santiago y Manuel Matta, "Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile". *Estudios Públicos* 121 (2011).

Nogueira, H. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno". *Ius et Praxis*, 2, 1997.

———— "Los Derechos Esenciales o Humanos Contenidos en los Tratados Internacionales y su Ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 9, 2003.

Pérez Luño, A. "Las Generaciones de Derechos Humanos". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), 1991.

Quinzio, J. "Las Resoluciones de los Tribunales Internacionales en Materia de Derechos Humanos en Relación con el Ordenamiento Jurídico Interno. ¿Debe la Corte Suprema Acatamiento a los Órganos Supranacionales de Control?". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 23, 2002.

Sierra, L. "La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento Individual y No Colectivo". *Estudios Públicos*, 92, 2003.

Silva, A. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV: La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Soto, E. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Starck, C. *La Constitution. Cadre et Mesure du Droit*. París-Marsella: Economica-PUAM, 1994.

Urrutia, L. "Vulgarización sobre la Posesión en el Código Civil Chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 31, 1934.

Valdivia, J. M. "Lo que Oculta la Transparencia". En R. Letelier y E. Rajévio, *Transparencia en la Administración Pública* (Actas de las VI Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Alberto Hurtado). Santiago: Legal Publishing Chile, 2011. □

www.cepchile.cl

IMPLEMENTACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO OIT 169

APORTE DE LA JURISPRUDENCIA Y PRONÓSTICO DE DESARROLLO FUTURO DE SUS IMPLICANCIAS AMBIENTALES Y REGULATORIAS[1]

Andrés Fernández Alemany
y Cristhian de la Piedra Ravanal

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un análisis sobre la forma en que debería darse efecto a los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En particular, la atención se focaliza en aquellos derechos reconocidos por el Convenio que tienen una relación más directa con la utilización de recursos naturales, tierras y territorios, como también con el deber general de consulta frente a medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El trabajo intenta un enfoque práctico, para lo cual se consideran especialmente las implicancias

Andrés Fernández. Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho de la Universidad de Pennsylvania. Abogado asesor en materias ambientales y regulatorias del estudio Vial y Fernández Asociados. Ex académico de las universidades Católica de Chile, del Desarrollo y Adolfo Ibáñez.

Cristhian de la Piedra. Abogado de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Ambiental y Políticas Públicas de la Universidad de Kent, Canterbury. Abogado asesor en materias ambientales y regulatorias del estudio Vial y Fernández Asociados.

[1] Agradecemos la valiosa colaboración de la abogada Beatriz Recart Apfelbeck del estudio Vial y Fernández Abogados.

ambientales y regulatorias que podrían derivarse de su entrada en vigencia, tomando en cuenta los precedentes de orden constitucional, judicial y administrativo que se han elaborado en el último tiempo. Finalmente, se identifican y analizan las materias que podrían acarrear modificaciones regulatorias como consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio, teniendo en cuenta que la actual institucionalidad chilena, en muchos casos, ya contempla los mecanismos adecuados para el ejercicio de los derechos en él contenidos.

Palabras clave: Convenio 169; pueblos indígenas; derecho de consulta; utilización de recursos naturales, tierras y territorios; exigibilidad directa; disposiciones programáticas; principio de flexibilidad; Tribunal Constitucional; Corte Suprema; SEIA.
Recibido y aceptado: enero 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio OIT 169 (Convenio) es un tratado internacional que establece obligaciones para los Estados que lo ratifican[2]. Así por ejemplo, el artículo 2 (1) señala 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"[3].

[2] Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados en el año 2000, con un quórum de 72 diputados, y el día 4 de marzo de 2008 por el Senado, con un quórum de 36 senadores, siendo promulgado mediante DS Nº 236 de 2 de octubre de 2008 y publicado en el *Diario Oficial* el 14 de octubre de 2008. Sin embargo, su vigencia comenzó el 15 de septiembre de 2009, esto es, doce meses después de la fecha en que fue registrada su ratificación, según lo dispone el artículo 38 párrafo tercero del Convenio.

[3] Como consecuencia de esta obligación general que recae sobre los Estados, el Convenio se encarga de precisar obligaciones específicas con el objeto de lograr el mayor desarrollo de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, tales como las establecidas en el artículo 6 donde se establece el deber de implementar los procedimientos adecuados con el objeto de consultar a los pueblos indígenas; artículo 7 (3) con relación al deber de efectuar estudios para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades económicas puedan tener sobre dichos pueblos; artículo 14 (2) en cuanto al deber de determinar las tierras que ocupan tradicionalmente y garantizar su derecho de propiedad y posesión; artículo 15 (2) relativo al deber de consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de los pueblos se podrían ver perjudicados, tratándose de la prospección o explotación de recursos naturales minerales u otros del subsuelo que pertenezcan al Estado, etc.

www.cepchile.cl

De acuerdo con lo expresado, la responsabilidad directa en garantizar los derechos contemplados en el Convenio corresponde al Estado, el cual deberá adoptar una serie de medidas tendientes a darle efecto. En el cumplimiento de este deber, el artículo 37 del Convenio contempla una regla o principio de flexibilidad al establecer que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten *para dar efecto* al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".

Lo anterior tiene especial relevancia en cuanto a la exigibilidad directa de los derechos reconocidos en el Convenio, como de los medios que el Estado puede emplear para dar efecto al Convenio, por cuanto dichas medidas deben adoptarse considerando las condiciones económicas, jurídicas, sociales y culturales del país.

Las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio también suponen algún margen de flexibilidad en cuanto a su "naturaleza y alcance".

Ello estaría indicando que los Estados no están sujetos a normas estrictas al momento de definir aquellas medidas que consideren como más adecuadas y pertinentes para dar efecto a los derechos que se reconocen en el Convenio. En este sentido, los Estados podrían recurrir a los procedimientos que consideren más idóneos, con la única limitación de dar cumplimiento con los objetivos o estándares que establece el Convenio. Esto último resulta relevante de considerar en relación con la forma de dar cumplimiento a los derechos de consulta y participación respecto de los cuales los Estados, invocando el principio de flexibilidad, podrían estimar que las medidas para dar efecto a dichos derechos ya se encuentran recogidas en el ordenamiento jurídico nacional.

Tal como se ha expresado, el Convenio sólo contempla obligaciones para los Estados de establecer medidas para dar efecto al Convenio[4]. Sin embargo, cabe señalar que la falta o insuficiencia de dichas medidas podría acarrear impactos jurídicos para los administrados.

[4] El Tribunal Constitucional, según se explicará más adelante, expresa esta visión calificando la mayoría de las disposiciones del Convenio como no autoejecutables, por lo que para que produzcan efecto podrían requerir de la dictación de normativa. Al respecto el tribunal indicó: "Las segundas (no autoejecutables), son aquellas que requieren para su *entrada en vigencia* de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé *vigencia efectiva*". (Tribunal Constitucional, sentencias Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 48.)

Esta situación puede producirse cuando el Estado falla en dar cumplimiento a las exigencias impuestas en el Convenio. Por ejemplo, si otorga autorizaciones o permisos sin contemplar un procedimiento de consulta previa en los casos que establece el Convenio, o cuando habiendo dado cumplimiento a las exigencias contempladas en el Convenio, por ejemplo implementando un procedimiento de consulta previa al otorgamiento de un permiso, se declare por un tribunal de justicia que dicho procedimiento no cumple con los estándares o exigencias contemplados en el Convenio[5].

En estas circunstancias, la omisión por parte del Estado de garantizar la adecuada protección de los derechos reconocidos en el Convenio, especialmente el de consulta previa, podría llegar a afectar las autorizaciones o permisos y demás actos administrativos que se hayan otorgado a los administrados, toda vez que dichos actos habrían sido dictados con infracción a la normativa vigente. En efecto, en virtud del principio de juridicidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y la contravención a estos principios puede acarrear la nulidad del acto.

Esta situación impone al Estado la exigencia legal de establecer reglas claras sobre la procedencia y formalidad de la consulta indígena. Por otro lado, ante la necesidad de evitar los riesgos de impugnaciones judiciales de sus autorizaciones o permisos, se impone sobre los administrados la exigencia práctica de asumir una estrategia proactiva con el objeto de tomar las prevenciones o resguardos para minimizar dichos riesgos[6].

Frente a este escenario de incertidumbre y ante las altas expectativas que se han generado como consecuencia de la entrada en

[5] Tal como se explicará más adelante, el Tribunal Constitucional estimó que el derecho de consulta del artículo 6 (1) del Convenio, referido al caso en que se prevean medidas legislativas y administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, constituía un derecho autoejecutable o de aplicación directa. Como consecuencia de lo anterior, con la entrada en vigencia del Convenio se han presentado diversos recursos de protección por parte de comunidades indígenas reclamando la invalidación de actos administrativos como son las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) emitidas por la autoridad ambiental, alegando la omisión de la consulta indígena. Esta misma situación podría plantearse respecto de decretos o reglamentos en caso que sean dictados sin la respectiva consulta indígena.

[6] World Bank Group, International Finance Corporation, "ILO Convention 169 and the Private Sector. Questions and Answers for IFC Clients", marzo 2007.

vigencia del Convenio, el objetivo principal de este trabajo se centrará en efectuar un análisis de su implementación desde un punto de vista de su aplicación práctica, para lo cual se considerarán especialmente las implicancias ambientales y regulatorias que podrían derivarse como consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio.

En relación con lo anterior, cabe acotar que el análisis de la implementación práctica se focalizará respecto de aquellos derechos reconocidos por el Convenio que tengan una relación más directa con el derecho de consulta, utilización de recursos naturales, tierras y territorios, por ser aquéllos los que más directamente se relacionan con autorizaciones o permisos otorgados a los administrados, y que han tenido mayor aplicación en los fallos de tribunales que se analizarán en este trabajo. Lo anterior, por cuanto el Convenio tiene un alcance más general, al reconocer derechos de distinta índole en el plano penal, de promoción social, de fomento cultural y de seguridad social que no se vinculan directamente con la materia antes señalada.

En concordancia con ello, el presente trabajo no entrará a analizar la jerarquía de tratado de derechos humanos que se le otorga al Convenio por parte de algunos autores[7], por escapar a sus objetivos. En todo caso, cabe señalar que se ha originado un interesante debate en torno a esta materia, cuyo desarrollo convendrá seguir en el futuro.

Finalmente, este trabajo pretende identificar y analizar materias que podrían llegar a ser modificadas como consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio.

II. COMPROMISO POLÍTICO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO

En los últimos años la institucionalidad indígena ha estado sujeta a importantes novedades, siendo sin duda el Convenio el hito más relevante en materia de derechos indígenas desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.253 (Ley Indígena)[8].

[7] Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Aylwin, "Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile", 2011.

[8] Ley Indígena N° 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de octubre de 1993.

El 1 de abril de 2008 se aprobó por parte de la administración de la Presidenta Bachelet una nueva política indígena denominada "Re-Conocer. Pacto Social por la Multiculturalidad". Esta política contemplaba un plan de acción con medidas específicas, destinadas a dar cumplimiento a los compromisos asumidos durante su campaña presidencial.

El plan de acción se encontraba dividido en tres ejes fundamentales y el más relevante, desde el punto de vista del fortalecimiento jurídico de los derechos indígenas, fue el eje denominado "Sistema político, derechos e institucionalidad", el cual buscaba ampliar el reconocimiento de los derechos indígenas y su participación en el sistema político. Como un resultado de esta línea de acción, el Ejecutivo propuso diversos proyectos de ley tendientes a cumplir este objetivo y el resultado más concreto fue la aprobación del Convenio[9].

En el cumplimiento de esta política se aprobó la creación de un Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas[10] y de un Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas que actuaría como su secretaría ejecutiva, y cuyo mandato era analizar y evaluar las propuestas sectoriales en materia indígena, emitir su opinión con relación a los proyectos de ley, sugerir directrices y formular recomendaciones en la implementación de dicha política indígena y del Convenio.

www.cepchile.cl

[9] Dentro de los proyectos de ley destinados a dar cumplimiento a este objetivo de fortalecer la institucionalidad y derechos indígenas podemos mencionar: (i) Boletín Nº 5522 de 23 de noviembre de 2007 destinado a obtener el Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas. Dicho proyecto de ley fue objeto de indicaciones y se encuentra en discusión ante el Senado en su primer trámite constitucional, habiéndosele otorgado suma urgencia al día 15 de diciembre de 2010; (ii) Boletín Nº 6018 de 6 de agosto de 2008 que crea la Subsecretaria de Asuntos Indígenas; (iii) Boletín Nº 6726-06 de 6 de octubre de 2009 que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas y la Agencia de Desarrollo Indígena; (iv) Boletín Nº 6743-06 de 28 de octubre de 2009 que crea el Consejo de Pueblos Indígenas. Sin embargo, cabe señalar que ninguno de estos tres últimos proyectos de ley ha tenido algún tipo de tramitación y no cuentan con urgencia por parte del Ejecutivo.

[10] DS N° 70/2008 de 9 de mayo de 2008 de Mideplan que crea el Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas, publicado en el *Diario Oficial* el 24 de junio de 2008. Dicho Consejo estaba integrado por diversos ministerios, entre ellos el Ministerio del Interior, Minsegpres, Educación, Obras Públicas, Bienes Nacionales, Agricultura, Vivienda y Urbanismo, Economía, y Medio Ambiente, y cuya presidencia le correspondía al Ministerio de Planificación. El Consejo tenía como función general la de asesorar al Presidente de la República en materias indígenas, como también la de cumplir funciones específicas de análisis y evaluación de propuestas sectoriales en materia indígena, emitir su opinión con relación a los proyectos de ley, formular recomendaciones, sugerir directrices, etc.

Con el objeto de superar la tradicional radicación del tema indígena en un solo ministerio u órgano específico, un instructivo presidencial de 2008 ordenó a los distintos órganos de la administración del Estado crear unidades de asuntos indígenas dentro de cada ministerio; estudiar y readecuar políticas, planes y programas incorporando la pertinencia indígena, estableciendo un mandato a los órganos del Estado de implementar mecanismos de información y consulta frente a medidas legislativas y administrativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas[11].

A mayor abundamiento, la administración de la Presidenta Bachelet, ante la inminente entrada en vigencia del Convenio, procedió a encomendar al Comisionado de Asuntos Indígenas una serie de medidas. Así se elaboró una propuesta conocida como "Código de Conductas Responsables (CCR)"[12] y se propuso realizar un diagnóstico completo de la normativa nacional, con la finalidad de clarificar si era necesario adecuar el actual ordenamiento jurídico a las disposiciones del Conve-

[11] Instructivo Presidencial N° 005 de 25 de junio de 2008 que Implementa Iniciativas de Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad. El primer ministerio que estableció dicha oficina de asuntos indígenas fue el Ministerio de Agricultura mediante Decreto Nº 76 de 20 agosto de 2008.

[12] Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, "Código de Conducta Responsable (CCR) para Inversiones en Tierras y Áreas de Desarrollo Indígena", documento de discusión del Ministerio de Planificación (abril de 2009). Dicho documento fue elaborado por una consultora por encargo de Rodrigo Egaña, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, y presentado para su discusión en un taller convocado al efecto el 24 de abril de 2009. Por medio de este mecanismo, se pretendía implementar la consulta indígena contemplada en el Convenio. El CCR se proponía como un instrumento normativo que establecería un sistema de certificación de proyectos de inversión que se desarrollen en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) y en tierras indígenas, con el objeto de verificar que se han dado cumplimiento a ciertas obligaciones o patrones de conducta (estándares mínimos de gestión responsable) que permitían al Consejo Nacional de Certificación, órgano público dependiente de Ministerio de Planificación, otorgar una autorización para la ejecución del proyecto. Finalmente dicha propuesta fue desechada por el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, ante la oposición generalizada por parte de organizaciones productivas, quienes manifestaron que el nuevo código generaría incertidumbre y un freno de inversiones en las zonas indígenas (*Diario Financiero* de 11 de mayo de 2009 y *El Mercurio* de 28 de mayo de 2009 y de 3 y 5 de junio de 2009) y por parte de las propias organizaciones indígenas (Alianza Territorial Wenten-Pewenche), por cuanto cuestionaban la forma en que el gobierno había llevado el proceso de participación del Convenio. Sin embargo, también cabe señalar que existieron voces disidentes dentro del movimiento indígena, como es el caso del líder mapuche Aucán Huilcamán del Consejo de Todas Las Tierras, que celebró la propuesta del CCR, ya que a su juicio permitiría frenar los proyectos en territorios indígenas, facilitando la negociación directa con las comunidades (*La Tercera* de 25 de mayo de 2009).

www.cepchile.cl

nio[13]. El gobierno de la época, como una forma de optimizar el uso de los recursos públicos, generar intercambio fluido de información y de coordinación de los ministerios y servicios públicos, procedió a designar un Ministro Coordinador en materias indígenas, especialmente para coordinarse con las municipalidades de la Región de la Araucanía debido a los crecientes focos de tensión vividos en dicha región.

Finalmente, ante el fracaso de la propuesta de implementar el CCR, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia dictó el DS N° 124/2009 de 4 de septiembre de 2009, que contiene el Reglamento sobre Consulta y Participación Indígena (Reglamento de Consulta Indígena)[14].

Cabe indicar que bajo la actual administración del Presidente Piñera, por medio del DS N° 100 de 7 de junio de 2010 de Mideplan, se dejó sin efecto el Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas. A su vez, mediante el Decreto N° 101 de 7 de junio de 2010, se procedió a crear en su reemplazo un "Consejo de Ministros", modificando además su integración.

En forma adicional a estas modificaciones, se procedió a suprimir las atribuciones relacionadas con el seguimiento de la implementación del Convenio. En efecto, entre las facultades que anteriormente estaban radicadas en el Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas se encontraba la de "*Formular recomendaciones* acerca de las acciones que se requieran para superar las dificultades que pudieran haber sido constatadas en la evaluación del estado de avance del plan de acción definido para l*a implementación de la Política Nacional Indígena y del Convenio Nº 169, de la Organización Internacional del Trabajo, antes individualizado*".

Finalmente, cabe indicar que el cargo de Comisionado para Asuntos Indígenas fue derogado mediante DS N° 99/2010 de 7 de julio

[13] El Comisionado de Asuntos Indígenas tenía planificado llamar a licitación a cinco universidades para los efectos de estudiar las adecuaciones normativas que fueran necesarias de implementar como consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio. De los informes solicitados, sólo se contó con un informe borrador de la Universidad Diego Portales, que fue objeto de observaciones y que nunca llegó a tener una versión definitiva. Dicho proceso no continuó bajo la administración del Presidente Piñera, aparentemente debido a que se priorizaron las acciones en el corto y mediano plazo orientadas a ayudar a los indígenas que sufrieron pérdidas como consecuencia del terremoto del pasado 27 de febrero de 2010.

[14] DS N° 124/2009 de 4 de septiembre de 2009 de Mideplan que Reglamenta Artículo 34 de la Ley Nº 19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 25 de septiembre de 2009.

de 2010, creándose en su reemplazo el cargo de Asesor Especial, el que cumplirá las labores de Secretaría Ejecutiva del Consejo de Ministros y cuya sede es el Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

Estos cambios institucionales podrían estar evidenciando un cambio en los énfasis de la actual administración, en el sentido que no sería necesario avanzar en la adopción de modificaciones legales y reglamentarias tendientes a la implementación del Convenio, sobre la base de que el actual ordenamiento jurídico sería suficiente para poder cumplirlo, en especial en lo relativo al derecho de consulta, y así poder enfocarse en otras materias sociales y económicas pendientes de la problemática indígena.

Nuestras reflexiones expresadas en la última parte de este trabajo concuerdan en gran medida con este análisis.

A mayor abundamiento, el criterio señalado se desprende de lo expresado por el Ejecutivo en la "Memoria" presentada por el Gobierno de Chile a la OIT acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio durante el período septiembre 2009 a septiembre 2010[15].

En efecto, en dicho documento se expresa que, en opinión del Ejecutivo, el DS 124 (Reglamento de Consulta Indígena) vendría a dar cumplimiento a las obligaciones de consulta de los artículos 6 y 7 del Convenio, por lo que dicha reglamentación sería adecuada para materializar o reglamentar la consulta indígena. Además, se agrega que la instancia de participación ciudadana que contempla la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente ha permitido dar cabida a la participación de diversos estamentos sociales, entre ellos a las comunidades indígenas[16].

De acuerdo a lo expresado, para los efectos del Convenio la actual administración del Presidente Piñera reconocería como válido el procedimiento de consulta establecido en el DS 124. Además, se valida la participación ciudadana establecida en la Ley 19.300, por lo

[15] Memoria presentada el 1 de septiembre de 2010 por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la OIT correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010, acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio.

[16] Se reconoce el carácter "transitorio" del Reglamento de Consulta, por lo que el Ejecutivo tiene la voluntad de revisar dicho Reglamento, para lo cual está desarrollando, con el objeto de perfeccionarlo, un proceso de consulta con las comunidades a través de mesas indígenas regionales.

que, cumplido cualquiera de tales procedimientos, según sea el caso, se debiera entender cumplido el deber de consulta establecido en el Convenio.

III. CONCEPTOS NUEVOS INCORPORADOS POR EL CONVENIO

El Convenio incorpora varios conceptos que determinan el alcance de los derechos que se reconocen en él. Entre ellos, el concepto de *territorio* delimita el ámbito espacial en el cual pueden ejercerse ciertos derechos vinculados a la utilización de los recursos naturales. Por otro lado, la definición de *pueblos indígenas* resulta relevante por cuanto define la naturaleza jurídica de la potestad que tienen las comunidades en relación con el derecho de consulta y participación.

III.1. Concepto de territorio indígena

El artículo 13 del Convenio señala que el término *tierras* que se utiliza para los efectos del artículo 15 (*derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras*) y artículo 16 (*derecho a no ser trasladados de sus tierras*) deberán incluir el concepto de territorio. En otras palabras, cada vez que el Convenio hace referencia a la palabra tierras respecto de los derechos reconocidos por los artículos 15 y 16, éstos podrán ser exigibles también respecto de los territorios indígenas.

Para estos efectos, el artículo 13 N° 2 define territorio como "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

De acuerdo a lo expresado, la noción de "territorio" tendrá implicancias jurídicas con relación a los derechos reconocidos en los artículos 15 y 16, por lo que el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales y a no ser relocalizados, puede hacerse exigible respecto de sus tierras, entendiéndose por tales las señaladas en el artículo 12 de la Ley Indígena[17], como tam-

[17] (i) Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de determinados títulos; (ii) aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades indígenas reconocidas, siempre que sus derechos se inscriban en el Registro de Tierras Indígenas; (iii) aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia; y (iv) aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado.

www.cepchile.cl

bién el territorio indígena, es decir, el hábitat que ocupan o utilizan para sus actividades tradicionales o de subsistencia.

El concepto de territorio reconocido por el Convenio recoge una histórica aspiración de los pueblos indígenas de incorporar dentro de tal concepto, no solamente las tierras que "tradicionalmente ocupan", es decir, respecto de las cuales se dan los requisitos de la posesión, entendiéndose ésta como la ocupación efectiva de un bien, en forma continua y pacífica, con ánimo de señor o dueño, sino también un concepto más general y menos jurídico que "cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

Esta definición de territorio comprende la idea de áreas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales, de manera que el territorio indígena *no se agote en aquellas tierras que efectivamente ocupan o explotan,* sino que también comprende aquellos terrenos *ocupados ocasionalmente* para labores de pastoreo, subsistencia o realización de ceremonias religiosas.

El concepto de territorio va más allá del concepto tradicional de tierra, es decir, el espacio físico delimitado jurídicamente. En este caso el Convenio recurre a la noción que en la antropología social es denominada *territorio vivido*, es decir, un concepto dinámico de territorio que se construye según la experiencia colectiva de quienes lo habitan, más allá de sus límites puramente político-administrativo o jurídicos, que en el caso de comunidades indígenas pueden estar dados por la realización de ritos o celebraciones culturales, comerciales o religiosas.

De esta forma, el territorio estaría comprendido por las áreas que integran el ámbito tradicional de sus actividades económicas, sociales y culturales. Éste podría ser el caso de terrenos ocupados ocasionalmente para labores de pastoreo o de terrenos ocupados para la realización de ceremonias religiosas, donde no existe una ocupación permanente, pero donde las comunidades desarrollan actividades de índole cultural o de subsistencia tradicional.

En este sentido, la Guía del Convenio elaborado por la OIT señala que la tierra y los territorios que habitan los pueblos indígenas "Son los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrollan su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias. Para gran parte

de los pueblos, el territorio tiene un significado sagrado o espiritual, que va mucho más allá del aspecto productivo y económico de la tierra"[18].

Siguiendo los criterios de la Guía del Convenio 169 OIT, las siguientes áreas pueden constituir territorio:

- los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se desarrolla su historia, conocimientos, prácticas de sustento y creencias
- incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo
- base de la economía y las estrategias de sustento, y de sus instituciones tradicionales.

En el ámbito nacional, la Corte Suprema (CS) ha dado reconocimiento a la noción de territorio indígena del Convenio. Así lo señaló al acoger una solicitud de regularización de aguas presentada por la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama. Dicha comunidad recurrió al procedimiento de regularización del artículo 2 transitorio inciso segundo del Código de Aguas, argumentándose que la presunción de dominio a que hace referencia el artículo 64 de la Ley Indígena, esto es, que se consideran bienes de propiedad y uso de la comunidad indígena, no sólo se refiere a las aguas que se encuentren en "terrenos de la comunidad", sino también se hacía extensiva a aquellas que se encontraban en sus territorios. Sobre este punto nos referiremos en detalle al analizar la jurisprudencia sobre la materia.

La delimitación del territorio indígena es una materia de extrema complejidad, más aún si se considera que en el plano ambiental podría llegar a constituir un requisito de exigencia para la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En efecto, según establece el artículo 8 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) contenido en el DS N° 95/2001 del Minsegpres, se requerirá de un EIA cuando el proyecto genere o presente alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, para lo cual deberán considerarse la dimensión antropológica (manifestaciones de la cultura, ceremonias religiosas, peregrinaciones, procesiones, celebraciones, festivales, torneos, ferias y mercados) y las variables socioeconómica (presencia de actividades productivas dependientes de la extracción de recursos naturales, ya sea en forma individual o colectiva).

[18] Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT, *Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT*, 2009, p. 91.

www.cepchile.cl

Por otro lado el artículo 11 (d) del Reglamento del SEIA señala que se requerirá de un EIA cuando el proyecto genere o presente alteración de sitios con valor antropológico o histórico, para lo cual se considerará "la proximidad a lugares o sitios en que se lleven a cabo manifestaciones propias de la cultura o folclore de algún pueblo, comunidad o grupo humano".

En este sentido, el territorio indígena no sólo comprende el hábitat natural que utilizan las comunidades para sus fines productivos o comerciales, sino también el hábitat cultural que comprende el desarrollo de actividades culturales o religiosas.

Sobre esta materia debe considerarse la noción de "patrimonio cultural inmaterial", que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la reciente aprobación de la "Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco", y que fuera publicado el 13 de marzo de 2009. Dicha Convención está plenamente vigente, desde el momento que ha sido ratificada o aceptada por más de 110 países, incluido Chile en el número 106. Contempla una amplia definición de patrimonio cultural inmaterial que involucra a tradiciones, expresiones orales, usos sociales, rituales, actos festivos, usos relacionados con la naturaleza y el universo. En general, comprende al patrimonio que es recreado constantemente por las comunidades en función de su entorno, interacción con la naturaleza e historia, otorgándoles un sentimiento de identidad y continuidad cultural, según señala el artículo 2 (1) y (2) de la Convención.

Esta noción dinámica del territorio es susceptible de generar un escenario de complejidad frente a medidas o proyectos que pretendan intervenir territorio indígena en los alcances ya explicados. Sin embargo, para que se configure el territorio indígena será necesario que los pueblos interesados ocupen o utilicen de alguna manera dichos espacios. Considerar esta circunstancia también nos permite diferenciar los territorios indígenas identificados por quienes promueven que la extensión de éstos se encuentra dada por sus referencias pre-coloniales, sin que sea exigencia que exista ocupación efectiva de dichos territorios por parte de las comunidades[19].

[19] Nancy Yáñez y Raúl Molina, *La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el Norte de Chile*, 2008. Los autores indican que "Como hemos reiterado, la actual defensa de la propiedad de los recursos naturales indígenas frente a las compañías mineras se basa en la existencia de una *ocupación territorial ancestral*. El propósito es demostrar

Un segundo elemento que nos permite delimitar el concepto de territorio indígena, no sólo en cuanto a la necesidad de que exista ocupación o utilización de ellos, se refiere a la limitación en cuanto a los derechos del Convenio al cual se aplica dicho concepto. En efecto, tal como se ha explicado anteriormente, el Convenio incorpora esta noción de territorio, referida únicamente a los derechos consagrados en los artículos 15 y 16, y no de manera amplia para los demás derechos reconocidos en dicho Convenio. En este sentido la aplicación del concepto de territorio para otros derechos como el de la consulta indígena resulta inadecuada, ya que en estos casos el elemento determinante para hacer exigible este derecho no se encuentra relacionado con un determinado territorio, sino con la necesidad de acreditar la "afectación directa" que produce una determinada medida administrativa o legislativa en dicha comunidad[20].

III.2. Concepto de pueblos indígenas o tribales

Éste es el concepto más controvertido que utiliza el Convenio por sus implicancias en relación con la "libre determinación" de los pueblos. Por esta razón, durante el proceso de discusión parlamentaria de la Ley Indígena se dejó expresa constancia de acoger el planteamiento de evitar la utilización de tales expresiones, ocupando en su reemplazo la expresión "etnias o poblaciones indígenas"[21].

---

que los indígenas ocupan tierras ancestrales, que en muchos casos conservan desde el periodo colonial y el republicano, y en algunos casos desde el periodo prehispánico", p. 49. Los autores agregan que la demarcación de estos territorios y la regularización de las tierras deben ser el resultado de un proceso de consulta y acuerdo de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas, "en el cual *no procede aplicar criterios de ocupación efectiva* y otros que tiendan a reducir los territorios de los indígenas", p. 236.

[20] Ilust. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 27 de julio de 2010, recurso de protección Rol 36/2010 caratulado *Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelén de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda*. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt ordenó la paralización de las obras y la exigencia de retrotraer las cosas al estado anterior de su ejecución, debido a que dicho terreno constituiría "territorio indígena" y las comunidades debieron haber sido consultadas. Finalmente, la Corte Suprema si bien confirmó la sentencia, procedió a eliminar los considerandos noveno y décimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones, en todo lo relativo a las tierras y territorios indígenas, limitándose a señalar que la actuación de la empresa afecta el medio ambiente de las comunidades vecinas. Sobre esta materia nos referiremos al analizar la jurisprudencia sobre la consulta indígena.

[21] Senado, sesión Nº 10, legislatura del 13 de julio de 1993, p. 1317.

El Convenio incorporó la expresión pueblos a diferencia de lo que ocurría en el Convenio Nº 107, y que hacía referencia a "poblaciones". Sin embargo, el Convenio establece la siguiente salvedad en el artículo 1º Nº 3: "La utilización del término pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicancia alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional".

De esta forma, el Convenio no adopta una posición en el sentido de reconocer un derecho a la libre determinación, que era precisamente una de las principales aspiraciones de los grupos indigenistas.

En la discusión de constitucionalidad que se dio al interior del Tribunal Constitucional se determinó por este tribunal que el concepto de pueblos debe ser entendido como "un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado"[22].

En este sentido, la expresión "pueblos" no puede ser considerada como aquel grupo que detenta la soberanía o su ejercicio, asignándosele alguna potestad pública o de decisión, sino lo que se busca con esta definición es afirmar la identidad del grupo indígena y dotarlo de ciertos derechos especiales, pero como un grupo integrado a la nación chilena.

Tal como indicamos anteriormente, la clarificación de los límites de esta definición permitirá comprender a cabalidad cuál es el derecho que tienen las comunidades indígenas en el ejercicio del derecho de consulta y participación, en el sentido de que no gozan de potestades públicas y, por tanto, su opinión no constituye un veto o prohibición de realizar las medidas o proyectos que pudieran afectarles.

IV. DERECHOS RECONOCIDOS POR EL CONVENIO EN RELACIÓN CON LA TIERRA Y RECURSOS NATURALES

El Convenio constituye un cambio de dirección respecto a la política anterior que promovía la asimilación de los pueblos indígenas

[22] Tribunal Constitucional, Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 44.

en las sociedades mayoritarias[23]. En definitiva, es una superación del modelo que entendía a los indígenas como incapaces de salir de sus condiciones de pobreza o marginación por sí mismos, sin que mediara la acción del Estado tutelar.

Este Convenio propone un cambio en la visión paternalista o integracionista que establecía el Convenio Nº 107 de 1957, al que reemplazó, que consiste en una nueva forma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas, sobre la base del respeto de su dignidad y del reconocimiento de su plena capacidad para decidir y controlar su destino a través de sus propias instituciones, y para determinar el control de sus propios asuntos en forma igualitaria con los demás grupos que forman parte de la sociedad.

Conforme esta premisa, el Convenio reconoce una serie de derechos sobre la tierra y los recursos naturales, y exige por parte de los Estados que se consulte a los pueblos indígenas cuando éstos puedan ser afectados.

No obstante esta aspiración, el propio Convenio deja en claro desde el preámbulo que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales debe enmarcarse dentro de la legislación e institucionalidad vigente en cada país. Dicho preámbulo se refiere a "las aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, *dentro del marco de los estados donde viven*".

En este sentido, el Convenio establece un mecanismo basado en el respeto recíproco, por el cual los Estados deben reconocer la contribución a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, considerando al mismo tiempo que éstos deben enmarcarse dentro del respeto de la legislación o marco jurídico que los propios Estados se han dado.

Como anteriormente se ha señalado, se consideró oportuno proceder a delimitar aquellos derechos reconocidos por el Convenio que tengan una relación más directa con la utilización de los recursos naturales, tierras y territorios. Con el objeto de facilitar el análisis de estos derechos reconocidos por el Convenio, se procedió a clasificarlos de la siguiente manera:

[23] James Anaya, "Los Derechos de los Pueblos Indígenas", 2004, p. 691.

www.cepchile.cl

IV.1. Derechos en relación con las tierras

1. Derecho a *reclamar la propiedad* de las tierras que han sido ocupadas por los pueblos (art. 14 N° 1 primera parte).

2. Derecho a *utilizar* las tierras que si bien no son ocupadas exclusivamente por ellos, han tenido un tradicional acceso (art. 14 N° 1 segunda parte).

IV.2. Derechos en relación con la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras (territorios)

3. Derecho a que los recursos naturales existentes en sus tierras sean *protegidos especialmente* (art.15 N° 1 primera parte).

4. Derecho a participar en la *utilización, administración y conservación de los recursos naturales* existentes en sus tierras (art. 15 N° 1 segunda parte).

5. Derecho a ser *consultados* en forma previa a la ejecución o autorización de obras de prospección o explotación de los minerales y recursos del subsuelo y otros que pertenezcan al Estado (art. 15 N° 2).

IV.3. Derecho a participar de los beneficios y a ser indemnizados

6. Derecho a *participar de los beneficios* que reporten las actividades que se ejecuten en sus tierras (art. 15 N° 2 primera parte).

7. Derecho a ser *indemnizados* por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades que se ejecuten en sus tierras (art. 15 N° 2 segunda parte).

Sin perjuicio de estos derechos especiales con relación a las tierras, territorios y recursos naturales que se encuentren en ellos, se analizará en forma separada el derecho de consulta general del artículo 6 N°1 frente a medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.

V. ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO REALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el año 2000, un grupo de 31 diputados solicitó la declaración de inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones del Convenio ante el Tribunal Constitucional (TC). Sin embargo, el TC rechazó la so-

www.cepchile.cl

licitud de inconstitucionalidad tanto en la forma como en el fondo, por cuanto se estableció que: (i) la mayoría de las disposiciones del Convenio tienen un carácter "programático", y por tanto no son autoejecutables; y (ii) aquellas que sí son autoejecutables no son contrarias a la Constitución Política del Estado[24].

Sobre este punto conviene tener presente la distinción que realiza el TC entre normas autoejecutables y normas no autoejecutables o programáticas. En efecto, el TC ha señalado que "Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina 'self executing' y 'non self executing'. *Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite* como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. *Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen* y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva"[25].

Esta distinción resulta relevante desde el punto de vista de la exigibilidad de los derechos reconocidos, por cuanto por regla general las normas programáticas o no autoejecutables no pueden ser aplicadas directamente e imponen sobre el Estado el deber de adecuar la normativa para que sean exigibles. En virtud de lo anterior, sólo las normas del Convenio que sean calificadas de autoejecutables podrán ser reclamadas directamente ante los tribunales de justicia. Las normas que tienen un carácter programático sólo constituyen un deber para el Estado de adoptar las medidas que correspondan para que éstas tengan eficacia jurídica.

Cabe considerar que en el análisis de constitucionalidad que realizó el TC, éste declaró que sólo el artículo 6 número 1 letra (a) que

[24] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000. Posteriormente, el TC emitió un nuevo pronunciamiento como parte del control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, como sería el caso de las normas que vienen a establecer modos de participación de los pueblos indígenas, tales como las contempladas en los artículos 6º, Nº 1, letra a), y Nº 2, y 7º, Nº 1, oración segunda, confirmando su constitucionalidad.

[25] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 48.

www.cepchile.cl

establece el derecho a la consulta indígena frente a medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente y el artículo 7 número 1 oración final que establece el derecho a participar en la elaboración de planes, programas y políticas, constituyen normas autoejecutables, esto es, que no requieren de ninguna adecuación normativa para que sean aplicables.

V.1. Derecho con relación a las tierras

Con relación al derecho a reclamar la propiedad o posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14 N° 1 primera parte) y el derecho a utilizar las tierras que si bien no son ocupadas exclusivamente por ellos, han tenido un tradicional acceso (artículo 14 N° 1 segunda parte), el TC estableció que las disposiciones del Convenio tienen un carácter programático.

Lo expresado por el TC quiere decir que sus disposiciones reflejan declaraciones pero no son ejecutables con el solo mérito del tratado. Esto se debe a que el lenguaje del Convenio utiliza expresiones tales como: "deberá reconocerse a los pueblos"; o "deberán tomarse medidas"; o "deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional".

Como consecuencia de lo anterior, el Convenio no sería suficiente por sí mismo para poner en ejecución los derechos que reconoce con relación a la reclamación del dominio y del derecho a utilizar tierras, sino que corresponderá al Estado dictar la legislación nacional o adecuar la existente, en caso de ser necesario, para que estos derechos puedan ser exigibles.

Lo anterior resulta coherente con el principio de flexibilidad a que hace referencia el artículo 34 del Convenio, que establece que las medidas que se adopten *para dar efecto* al Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país, entre las que se cuenta el sistema jurídico vigente.

El TC también efectúa otra declaración, al señalar que las medidas que el Convenio propone no quedan comprendidas en el marco del sistema jurídico de expropiaciones. Esta aclaración se efectuó a propósito del requerimiento de los diputados que precisamente reclamaban que de ratificarse el Convenio, el Estado asumiría la obligación de expropiar tierras reclamadas por organizaciones indígenas en su beneficio

propio. El TC declaró que estas situaciones no quedan comprendidas en el sistema de expropiaciones[26].

Por lo tanto, tal declaración no permitiría a las comunidades indígenas invocar el Convenio para exigir por parte del Estado que inicie un proceso de expropiación de tierras o territorios que son legítimamente ocupados por terceros, por cuanto el sistema jurídico nacional dado por la Constitución y las leyes no da cabida a expropiaciones para tal efecto.

En este sentido, el Convenio no habría innovado en la legislación nacional, por cuanto la legislación chilena establece que para reivindicar el dominio se requiere acreditar la existencia de ocupación efectiva (tenencia), exclusiva y no clandestina. Según indicaremos más adelante, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas comparte la opinión que para hacer efectivo este derecho debe existir ocupación actual para los efectos de reclamar la propiedad o posesión.

Con relación al derecho a utilizar tierras que no estén ocupadas exclusivamente por las comunidades, esta norma tampoco sería autoejecutable, por lo tanto para que se reconozca este derecho podría resultar necesario modificar la legislación interna. Lo anterior es sin perjuicio de las autorizaciones que su propietario pueda otorgar según analizaremos más adelante.

V.2. Derechos en relación con la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras (territorios)

Cabe precisar que el TC no se pronunció sobre la totalidad de los derechos que se contemplan en el artículo 15, sino que específicamente en relación con el derecho de consulta previa a la ejecución o autorización de obras de prospección o explotación de los minerales, recursos del subsuelo u otros recursos existentes en las tierras indígenas.

A este respecto el TC volvió a confirmar su opinión de que esta disposición sólo tiene un carácter programático. El TC agrega que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, como ocurre, por ejemplo, con los artículos 26 al 31 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10, 11 y 34 de la Ley Indígena. Lo anterior

[26] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 66.

www.cepchile.cl

estaría indicando, de acuerdo con la opinión del TC, lo innecesario de adecuar la normativa vigente para hacerse cargo de la consulta indígena[27].

En relación especifica con la consulta en caso de realización de labores de prospección o explotación, el TC señaló que "el Código de Minería contempla un claro procedimiento judicial para constituir las concesiones mineras, el que garantiza que todos los interesados pueden ser escuchados frente a una violación de sus derechos"[28]. En este sentido, el TC fue de la opinión que este derecho de consulta ya se encuentra garantizado en el actual procedimiento judicial.

Adicionalmente, como se explicó al analizar la definición de pueblos que da el Convenio, el TC concluye que éstos no están dotados de potestades públicas propias, en el sentido de que gocen de facultades o poderes públicos. Por esta razón, el TC estimó que el derecho de consulta que reconoce el Convenio queda enmarcado en lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, que establece un derecho genérico de participación que "asegura el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"[29].

Si se considera el pronunciamiento que el TC efectuó con relación a la definición de pueblos, en el sentido de que carecían de facultades o poderes públicos, es perfectamente posible concluir que implícitamente frente a esta consulta específica del artículo 15 no se contempla un derecho de veto frente a un proyecto que pretenda explotar recursos mineros u otros que pertenezcan al Estado que se encuentren en sus tierras o territorios. El propio TC concluye que "en esta parte el Convenio no compromete las bases constitucionales del régimen de concesiones mineras, ni afecta los derechos de los concesionarios"[30].

V.3. Con relación al derecho a participar de los beneficios y a ser indemnizados

Con relación a estos derechos, el TC no mostró mayores reparos de legalidad por cuanto estimó que esta disposición también es meramente programática o declarativa, debido a que el Convenio utiliza el

[27] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 70.
[28] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 71.
[29] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 72.
[30] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 72.

verbo rector "siempre que sea posible". En efecto, el artículo 15 N° 2 señala que "Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reportan tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir".

En opinión del TC, este derecho a la participación en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales debe entenderse en el sentido de que su aplicación debe ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera[31].

VI. PROHIBICIÓN DE MENOSCABAR LOS DERECHOS Y VENTAJAS GARANTIZADOS EN OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Una de las principales dificultades que existen al momento de comprender los alcances del Convenio se presenta en relación con los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales que se vinculan con materias indígenas. Sobre este punto, el artículo 35 establece que las disposiciones del Convenio "no deberán menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales."

Esta disposición tiene su origen en el artículo 29 del Convenio N° 107 de la OIT, el cual establecía que "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán las ventajas garantizadas a las poblaciones en cuestión en virtud de las disposiciones de otros convenios o recomendaciones". A su vez esta disposición se basa en el artículo 19, párrafo 8 de la Constitución de la OIT, el cual dispone: "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación de la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación".

Durante la discusión parlamentaria para la aprobación del Convenio surgió la petición de establecer una cláusula interpretativa del artículo 35, en el sentido de que éste sea sólo aplicable con relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, excluyéndose de esta forma a las recomendaciones. Lo anterior

[31] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 73.

www.cepchile.cl

se debía a que el 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la que contó con el voto favorable del Gobierno de Chile[32].

Frente a la alegada amplitud y vaguedad de los derechos reconocidos en la Declaración de la ONU (que adopta la forma jurídica de una Recomendación), y con el objeto de evitar una contradicción con los derechos reconocidos en el Convenio, se solicitó por parte de los parlamentarios incorporar una cláusula a fin de excluir a las "recomendaciones". Sin embargo, el Convenio fue aprobado sin dicha cláusula, solicitándose en cambio, por parte de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, que el gobierno efectuara una consulta a la Secretaría de la OIT sobre el alcance jurídico de dicho artículo[33].

La importancia de esta materia radica en que la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece una serie de derechos que no estarían comprendidos en el Convenio, como es el caso del derecho a la libre determinación (art. 3); derecho a ser consultados para alcanzar el libre consentimiento previo e informado (art. 19); derecho a la autonomía y gobierno (art. 4); derecho a pertenecer a una comunidad (art. 9 y 33); derecho a propiedad intelectual (art. 31), entre otros[34].

De acuerdo con lo informado por la Oficina Sub-Regional de la OIT, se señaló que "el Convenio tiene el objetivo de establecer normas mínimas que no deberían perjudicar el goce de normas más favorables que puedan *existir a nivel nacional*. De acuerdo con el artículo 35, la aplicación del Convenio no debería menoscabar los derechos o ventajas más favorables *garantizados a nivel nacional*, incluidos aquellos garantizados a nivel nacional como consecuencia de la ratificación por un país de cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos"[35].

---

[32] ONU, Asamblea General, sesión N° 61 del 13 de septiembre de 2007 que aprueba Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. En la Asamblea General votaron a favor 143 países, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); y 34 estados que no votaron por estar ausentes en la sesión. Para ver las posiciones de los países que concurrieron a dicha sesión ver: http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm.

[33] Consulta dirigida a don Guillermo Miranda, director Oficina Sub-Regional de la OIT el día 16 de enero de 2008 por parte del Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo.

[34] Luis Rodríguez-Piñero, "Cuando Proceda: Vigilancia y Aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración", 2010, p. 347.

[35] BIT (Bureau International du Travail), ILO (International Labour Office), oficio ACD 5-169 de 6 de febrero de 2008.

Según lo expresado, un derecho o ventaja que haya sido garantizado por el derecho o la costumbre del Estado no podría ser afectado en razón de la aplicación de las disposiciones del Convenio. En otras palabras, lo que se busca es que el Convenio constituya un paso hacia delante en el reconocimiento de los derechos indígenas y no un instrumento para reducir o afectar derechos que ya se encuentren reconocidos por el derecho interno.

De acuerdo a lo señalado, resultará de importancia determinar el valor jurídico que tiene esta Declaración como instrumento internacional destinado a "garantizar" derechos o ventajas, esto es, definir si constituye un instrumento legalmente vinculante, tal cual lo sostiene en general un sector minoritario de la doctrina. O por el contrario, una herramienta política o moral que sirve de guía en la consolidación de los derechos indígenas, pero que no acarrea consecuencias legales para los Estados[36].

Por su parte, en el ámbito nacional la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) ha interpretado que los derechos garantizados por otros instrumentos se refieren a aquellos que pueden ser reclamados directamente en el ámbito nacional. Al respecto señaló que "si el estándar exigido por el Convenio en alguna materia es inferior al que actualmente es exigible por los pueblos indígenas de Chile en virtud de *otros instrumentos vinculantes*, prima este último". A continuación indica que para interpretar dicha norma con relación a la expresión "garantizados" que utiliza el artículo 35 del Convenio, debe considerarse que "el empleo de la expresión garantizados implica que existen los mecanismos para hacer *exigibles directamente*, y por ende, será necesario determinar el valor jurídico del instrumento en que esté contenido el derecho o ventaja"[37].

De acuerdo a lo expresado, se entenderá que el Convenio está menoscabando los derechos o ventajas "garantizados" en otras disposiciones cuando éstos puedan ser exigibles directamente de acuerdo a la legislación nacional. Por el contrario, estimamos que no podría concurrir tal menoscabo con relación al reconocimiento de derechos o ventajas en un instrumento internacional que impliquen aspiraciones

[36] Veáse nota 34, *supra*, p. 337. El autor desarrolla en extenso las posiciones con relación al carácter vinculante o no de la Declaración.

[37] Conadi, "Implementación del Convenio N°169 de la OIT", Segunda Parte, pp. 95 y 96. Las cursivas son nuestras.

políticas o morales, pero cuya naturaleza consista en recomendaciones no exigibles jurídicamente, como sería el caso de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

VII. DERECHO DE CONSULTA FRENTE A MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS

El artículo 6 Nº 1 a) del Convenio señala que "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos indígenas, 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".

El deber que se impone sobre los Estados de consultar a los pueblos indígenas afectados por una determinada medida legislativa o administrativa constituye la piedra angular o clave del Convenio. En efecto, el establecimiento de mecanismos de consulta es fundamental para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, y constituye la base sobre la cual reposan las demás disposiciones del Convenio[38].

El objetivo principal de la consulta es posibilitar que las comunidades indígenas puedan participar en los distintos niveles de la toma de decisiones, ya sea a nivel de política pública (planes y programas), legislativa (leyes) y administrativa (actos administrativos o de gobierno), en cuanto se trate de medidas que puedan afectarles directamente.

Entre los objetivos específicos que se logran alcanzar con la participación indígena podemos enunciar los siguientes:

1. Tomar conocimiento íntegro y pleno del tipo de la medida que pretende implementarse y del grado de afectación o menoscabo que pueda generar.

2. Participar en la toma de decisiones, respecto de medidas o proyectos que los afecten.

3. Valorar las ventajas y desventajas que una medida pueda generar en la comunidad, y contemplar la posibilidad de pronunciarse informadamente sobre la viabilidad de la ejecución de la medida.

[38] OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, *Una Guía sobre el Convenio N° 169 OIT*, 2009.

www.cepchile.cl

4. La consulta permite aprovechar la capacidad local de las comunidades en el diseño, desarrollo e implementación de una medida, por lo que no sólo implica el derecho a reaccionar frente a una medida, sino más generalmente a proponer sus puntos de vista y a que éstos sean considerados[39].

5. Permite garantizar que no se afecte la subsistencia del grupo, tanto en su dimensión social como cultural (preservar la integridad étnica, social, económica y cultural).

6. Permite reducir la discrecionalidad administrativa en la calificación de la afectación de las comunidades, por cuanto existirán mejores antecedentes para evaluar la naturaleza y magnitud de la afectación.

Por su parte, el número 2 del artículo 6 especifica que "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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".

Con relación a los estándares a que deben sujetarse los procesos de consulta, el artículo 6 (2) del Convenio establece que las consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias. Lo anterior supone que la información debe ser íntegra y suministrada de manera apropiada, de forma que pueda ser comprendida por los pueblos indígenas. Por otro lado, los procesos de consulta deben realizarse con las organizaciones que sean genuinamente representativas para tomar decisiones en nombre de las comunidades que representan[40].

www.cepchile.cl

[39] Brian Furze, "Institution Building and Community Consultation", 1996, p. 102. Sobre el rol que el "conocimiento tradicional" de las comunidades juega en el desarrollo económico, social y cultural, véase Martin Khor, *Intellectual Property, Biodiversity and Sustainable Development, Resolving the Difficult Issues*, 2002, capítulo 2, p. 15.

[40] OIT, *Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 2003 (citado en adelante como *Manual*). Esta guía señala los criterios de cómo debe ejecutarse el derecho de consulta. Al respecto, se señala que éste debe realizarse en las siguientes condiciones: "a) De *buena fe*, respetando los intereses, valores y necesidades de la otra parte. El proceso de consulta debe ser específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad. De tal manera que, por ejemplo, una reunión con ancianos de una aldea mantenida sin interpretación en una lengua que no les sea familiar, como puede resultar el idioma oficial del país (inglés, español, etc.), no puede considerarse como una verdadera consulta. b) Respetando el principio de *representatividad* lo cual es un componente esencial de la obligación de consulta. [...] Pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio", p. 15.

VIII. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES

Como anteriormente señalamos, el deber general de consulta del artículo 6 N° 1 del Convenio relativo a medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades, fue declarado por el TC como una norma autoejecutable, es decir, que puede hacerse exigible directamente ante los tribunales de justicia en caso de incumplimiento.

Lo anterior explica que en la mayoría de los fallos emitidos por la Corte Suprema y por las Cortes de Apelaciones del país a partir de la vigencia del Convenio se ha invocado como fundamento de los recursos de protección para solicitar la revocación de los actos administrativos (resoluciones de calificación ambiental y decretos), el hecho de haberse omitido el trámite de consulta indígena.

A continuación se analizarán las principales implicancias de los fallos de la Corte Suprema que han permitido ir construyendo una línea interpretativa de cómo debe implementarse en Chile el derecho de consulta indígena.

VIII.1. Recurso de protección por corta ilegal de bosque nativo y afectación de menokos[41]

a. Antecedentes

La machi Francisca Linconao Huircapán, domiciliada en el sector Rehue de la IX Región, interpuso un recurso de protección en contra de la Sociedad Palermo Limitada que realizó una corta de árboles y arbustos nativos, alegando la vulneración de su derecho a vivir en un medio libre de contaminación establecido en la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República. Funda su alegación en que esta corta ilegal de árboles y arbustos nativos se realizó en infracción del artículo 5 N° 1 de la Ley de Bosques, que prohíbe la corta de tales especies en lugares situados a menos de 400 metros sobre los manantiales que nazcan en los cerros y los situados a menos

[41] Exma. Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009, recurso de Protección Rol N° 7287/2009 caratulado *Francisca Linconao Huircapán con Sociedad Palermo Limitada*, que confirmó la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2009, de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco.

www.cepchile.cl

de 200 metros de sus orillas desde el punto en que la vertiente tenga su origen hasta aquel en que llegue al plano.

La situación se veía agravada, además, por la eventual destrucción de bosques ancestrales y la contaminación de las aguas de manantiales y vertientes denominados "menokos", de carácter sagrado en la etnia mapuche y de gran relevancia, pues en sus alrededores las machis obtienen las plantas medicinales que se utilizan en los procesos de sanación de su medicina tradicional.

El recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco y confirmado por la Corte Suprema.

b. Implicancias

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada un día después de la entrada en vigencia del Convenio, conlleva el hito de ser el primer fallo que aplicó entre sus considerandos las normas de dicho Convenio. En efecto, entre los considerandos para acoger el recurso se citó la aplicación del artículo 4 N° 1 referido al deber de los Estados de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; así como el artículo 5, referido al deber de los Estados de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propias de los pueblos originarios. En el mismo sentido, se cita también el artículo 8 que obliga al Estado al aplicar la legislación nacional a tomar en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario. Finalmente, la Corte también hizo aplicable el artículo 13 del Convenio referido a los derechos sobre las tierras y territorios indígenas, en el sentido de que este último comprende el hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera.

Adicionalmente, los considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco se extienden ampliamente en citar doctrina nacional e internacional con el objeto de justificar un significado amplio del concepto de medio ambiente libre de contaminación, incorporando la variable sociocultural, de manera tal que la etnia mapuche de la recurrente y la valoración de la afectación de bosques ancestrales y manantiales sagrados por parte de la recurrida deban incidir necesariamente en la estimación de que se habría vulnerado la garantía constitucional dispuesta en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

www.cepchile.cl

Más aún, el fallo desarrolla el argumento relativo a la naturaleza de derechos humanos de la cual estaría revestido el Convenio, de manera de justificar una aplicación directa de su normativa, a pesar de su carácter programático establecido por el Tribunal Constitucional al cual hemos hecho referencia. Además, el fallo postularía que esta misma naturaleza implicaría una característica supralegal de las normas del Convenio respecto a la normativa nacional, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

A pesar de que el fallo de la Exma. Corte Suprema confirma lo resuelto por la Corte de Apelaciones, se puede concluir que el recurso fue acogido, más que por las argumentaciones doctrinarias de sus considerandos y por la procedencia étnica de la recurrente, por la constatación de una concreta infracción a la normativa forestal vigente en el país desde hace décadas. En efecto, en dicha sentencia confirmatoria, se consignó "que el Ministro señor Pierry y la Ministra señora Araneda si bien concurren a confirmar la sentencia en alzada, estuvieron por eliminar todos sus fundamentos, a excepción del primero; y teniendo únicamente presente el mérito de los documentos de fojas 101 a 109 de los que aparece que la Corporación Nacional Forestal dispuso la paralización de labores de acuerdo con la legislación forestal".

Cabe consignar que el considerando primero de la sentencia de la Corte de Temuco es aquel que justamente se refería a la infracción a la Ley de Bosques y Ley de Bosque Nativo y Fomento Forestal.

Sin perjuicio de que en este fallo no aplica al menos directamente el Convenio, no puede dejar de soslayarse que el considerando primero que sirve de fundamento para acoger el recurso de protección, hace referencia implícita a una noción amplia de medio ambiente libre de contaminación que no sólo se encontraría integrada por los aspectos naturales del entorno, sino también por la existencia de los componentes socioculturales, como son aquellos vinculados a la utilización ancestral de bosques y la posible contaminación de menokos o manantiales que son precisamente utilizados por las comunidades indígenas colindantes para la recolección de hierbas con fines de sanación.

En ese sentido, la Corte Suprema junto con constatar la ilegalidad de la corta por infringir la Ley de Bosques, estima que la comunidad indígena colindante tiene el carácter de interesado al verse

afectada en su derecho a vivir en un medio libre de contaminación, precisamente por la existencia de bosques ancestrales y menokos[42].

VIII.2. Solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza y Usmagama[43]

a. Antecedentes

El día 25 de noviembre de 2009, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación que buscaba dejar sin efecto una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, que había dado lugar a una solicitud de regularización de 9 l/s de derechos de aguas a favor de la comunidad indígena Aimara Chusmiza y Usmagama.

En efecto, dicha comunidad había recurrido al procedimiento de regularización de aguas contemplado en el artículo 2 transitorio inciso segundo del Código de Aguas, para lo cual tuvo que acreditar ante la Dirección General de Aguas que realizaba un uso ininterrumpido por más de cinco años, sin mediar violencia o clandestinidad y sin reconocer dominio ajeno.

www.cepchile.cl

[42] La Corte Suprema venía sosteniendo una posición bastante restringida acerca del alcance de la noción de medio ambiente, vinculando a la idea de "entorno natural". Por ejemplo en *Stutzin, Miguel y otros con Corema X Región*, CS. 23 de septiembre de 1998, lo define como "todo lo que naturalmente nos rodea y que permite el desarrollo de la vida y tanto se refiere a la atmósfera como a la tierra y sus aguas, a la flora y a fauna, todo lo cual conforma la naturaleza con su sistema ecológico de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven". En el mismo sentido *Guido Guirardi, y otros con Corema XII Región*, CS de 19 de marzo de 1997 (caso Empresa Forestal Trillium Ltda, Proyecto Río Cóndor), lo define como al "mantenimiento de las condiciones originales de los recursos naturales, reduciendo al mínimo la intervención humana" (considerando duodécimo). En el mismo sentido Verónica Sáez Marín, recurso de inaplicabilidad - 21-6-2001. Rol 862-2000 RDJ Tomo XCVIII Sección V. p. 105 y sig. abril-junio 2001, se señala "Que, como lo ha dicho esta Corte, el 'medio ambiente', el 'patrimonio ambiental' y 'la preservación de la naturaleza"', conceptos a los que la Constitución Política de la República hace alusión en diversos preceptos, y que está llamada a asegurar y proteger, comprenden todo lo que naturalmente nos rodea permitiendo el desarrollo de la vida; y tanto se refieren a la atmósfera, como a la tierra y sus aguas, a la flora y fauna, y a todo lo que conforma la naturaleza con sus sistemas ecológicos de equilibrio entre los organismos y el medio en que viven" (considerando quinto).

[43] Exma. Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009, recurso de protección Rol N° 2840/2008 caratulado *Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza y Usmagama.*

De acuerdo al criterio de la Corte, el derecho de regularización no se encontraría impedido por el hecho que las aguas estén inscritas a favor de un tercero. Lo señalado por la Corte no hace sino aplicar las disposiciones transitorias del Código de Aguas, que permiten la regularización contra título inscrito, siempre que se acredite un uso ininterrumpido, sin violencia ni clandestinidad de dichas aguas

Lo resuelto por la Corte Suprema viene a confirmar una jurisprudencia anterior (*Comunidad Atacameña de Toconce con Essam S.A de 2004*, Rol N° 986-2003), por el cual se establece que la Constitución Política no sólo protege los derechos "constituidos" por la autoridad, sino también los "reconocidos" en conformidad con la ley, entre los cuales se cuentan los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de comunidades indígenas aimaras y atacameñas.

b. Implicancias

La Corte parte de la base que los derechos que se regularizan corresponden a derechos ancestrales que los miembros de la comunidad utilizan desde tiempos inmemoriales, habiendo efectuado un uso ininterrumpido de las aguas que se requieren normalizar para el consumo humano, animal y de riego, por lo que los derechos reconocidos a dicha comunidad son anteriores a cualquier acto de constitución originaria realizados por la autoridad a favor de terceros (considerando quinto).

A pesar de que la presunción de dominio a favor de la comunidad que contiene el artículo 64 de la Ley Indígena Nº 19.253 se refiere exclusivamente a las aguas que se encuentran en "terrenos de la comunidad", la Corte mediante una interpretación finalista, esto es, con el objetivo de proteger y promover el desarrollo de los indígenas y de asegurar el abastecimiento de agua para dicha comunidad, establece una interpretación extensiva del artículo 64, en el sentido de que la presunción de dominio de las aguas que se encuentren en "terrenos de la comunidad" es aplicable también a las aguas situadas en terrenos que no pertenezcan a la comunidad por estar inscritos a nombre de un tercero, pero respecto de las cuales se ha hecho una "utilización ancestral" por parte de dichas comunidades (considerando séptimo).

Para arribar a esta conclusión, se consideran dos elementos: (i) el deber que pesa sobre el Estado de respetar, proteger y promover a los indígenas, sus culturas y tierras, lo que comprende la protección de

www.cepchile.cl

las aguas indígenas con el objeto de evitar el despoblamiento de dichas comunidades, asegurando su abastecimiento; y (ii) la aplicación del concepto de "territorio" que establece el Convenio, que comprende el hábitat que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (artículo 13 Nº 2 Convenio).

De acuerdo a lo expresado por la Corte, la presunción de dominio de las aguas que establece el artículo 64 debiera interpretarse de manera coherente con la finalidad de protección de las comunidades, de manera que esta presunción no sólo debe comprender a las "tierras" que pudieran pertenecer a la comunidad, sino más ampliamente a las tierras respecto de las cuales se haga un uso tradicional (territorio).

De acuerdo a esta interpretación, se presumirían como bienes de propiedad de la comunidad no sólo las aguas que se encuentran en terrenos de ésta, sino también las aguas que se encuentren en terrenos de terceros, respecto de los cuales se hace un uso tradicional o ancestral (territorio).

Se estima que la solución dada por la Corte es correcta desde el punto de vista de su decisión, por cuanto es concordante con lo dispuesto en el Código de Aguas. En efecto, el artículo 2 transitorio no distingue si la regularización de las aguas respecto de las cuales se reclama su uso ininterrumpido se encuentra localizada ya sea en terrenos del solicitante o de terceros. Sin embargo, creemos que la aplicación de la presunción de dominio del artículo 64 como fundamento para justificar dicha regularización es improcedente.

En primer lugar, debido a que el artículo 64 de la Ley Indígena constituye una norma excepcional al régimen legal de aguas, por cuanto presume como dueño de las mismas al dueño del terreno, circunstancia que no se da con el resto de la comunidad nacional, en que las aguas son bienes nacionales de uso público. Por lo tanto, al ser una norma de aplicación excepcional debiera aplicarse restrictivamente, en el sentido que se refiere únicamente a los terrenos de propiedad de la comunidad.

En segundo lugar, por cuanto la presunción de propiedad de las aguas del artículo 64 de la Ley Indígena contempla expresamente como limitación los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código de Aguas. De acuerdo a lo señalado, esta presunción no podría ser utilizada para regularizar el uso de las aguas, ya que ésta debe respetar el dominio de terceros, circunstancia que precisamente no se da con

www.cepchile.cl

la regularización, ya que la misma procede contra derechos de aprovechamiento de aguas inscritos.

Por la vía de aplicar la interpretación de la Corte Suprema haciendo extensiva la presunción de dominio respecto de terrenos de terceros, se estaría alterando el peso de la prueba, por cuanto se les presumiría dueños de las aguas y por tanto poseedores de buena fe, limitándose a tener que acreditar el transcurso del tiempo de cinco años.

En nuestra opinión, lo resuelto por la Corte Suprema es coherente con el régimen de regularización de aguas. Sin embargo, esta solución debió haberse obtenido por la vía de la sola aplicación del artículo 2 transitorio del Código de Aguas, por cuanto dicha disposición permite regularizar las aguas, situación que puede darse respecto de aguas localizadas en terrenos propios o ajenos, ya que el Código de Aguas no distingue al respecto.

Cabe consignar que aunque la Corte hizo aplicación del concepto de "territorio indígena", lo hizo en forma coherente con la exigencia del Convenio que establece que corresponde al hábitat que las comunidades "ocupan o utilizan", según el artículo 13 (2) del Convenio. Como consecuencia de ello, la Corte tuvo como un hecho no controvertido que el uso de las aguas se habría hecho de manera "ininterrumpida" desde períodos precolombinos hasta nuestros días, lo que se manifiesta por la existencia de socavones, estanques de acumulación, terrazas de cultivos, canales y el mismo asentamiento humano. Lo anterior es plenamente concordante con los requisitos del artículo 2 transitorio que exige utilización ininterrumpida.

De acuerdo a este criterio, no bastaría con señalar que ha existido una utilización histórica de aquellos territorios, como plantean algunas organizaciones de defensa indígena, sino que se requiere una conexión entre ese uso inmemorial con la actualidad. De tal forma que si no se acredita ese uso ininterrumpido en el uso de las aguas, la sola existencia de las mismas en terrenos o territorios indígenas no sería suficiente para solicitar la regularización. Ello, por cuanto el reconocimiento de derechos sobre los recursos naturales supone un uso tradicional inmemorial amparado por un uso actual o a lo menos reciente; sobre esta materia nos detendremos al analizar los derechos que el Convenio reconoce para reclamar la propiedad y posesión de tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades.

www.pdfonline.cl

VIII.3. Recurso de protección contra una resolución de calificación ambiental de un proyecto de piscicultura[44]

a. Antecedentes

Representantes de la comunidad indígena Palguín Bajo y comunidad indígena Antonio Huenuñanco, de la comuna de Pucón, Región de la Araucanía, interpusieron un recurso de protección en contra de la Corema Región de la Araucanía (hoy Comisión de Evaluación), por haber pronunciado una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), calificando favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) de un proyecto de piscicultura. La Corte de Apelaciones de Temuco resolvió anular dicha RCA por no haberse realizado previamente la consulta indígena que contempla el artículo 6 del Convenio. Sin embargo, la Corte Suprema procedió a revocar el fallo de la Corte de Apelaciones mediante el acuerdo unánime de sus miembros.

b. Implicancias

La Corte Suprema estimó que la consulta indígena es procedente, siempre que se trate de medidas legislativas o administrativas que sean susceptibles de afectar directamente a la población protegida. En este sentido, la Corte estimó que la consulta es procedente cuando se produzca "afectación" en los términos que se indica, sin ser relevante si la medida constituye un acto administrativo de efectos generales o particulares, como es en este último caso una RCA. Con lo anterior se pondría término a la discusión en cuanto a que sólo las medidas administrativas generales, tales como decretos o reglamentos, deben ser consultadas[45].

Para la Corte Suprema, la forma en que se realice la evaluación ambiental, esto es, por medio de una DIA o un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), es el elemento determinante para definir la procedencia de la consulta indígena, tratándose de proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Esto obedece a que la

[44] Exma. Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, recurso de protección Rol N° 1525/2010 caratulado *Puelman Ñanco, Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía*.

[45] Esta posición fue refrendada en el fallo de 14 de octubre de 2010 de la Corte Suprema en el caso de la DIA "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Celulosa Arauco", según se pasará a exponer más adelante.

www.cepchile.cl

lógica de la Corte es que debe haber consulta indígena cuando se producen los efectos, circunstancias o características del artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300, esto es, reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

Por lo tanto, cuando un proyecto identifica el artículo 11 letra c) como causal para hacer exigible un EIA, no sólo deberá ingresar su proyecto por medio de este instrumento, sino que además deberá asegurarse que se realice por parte del Estado un procedimiento de consulta previo de las comunidades indígenas afectadas.

Por el contrario, es posible concluir que si un proyecto ingresa al SEIA por medio de una DIA, no requeriría dar cumplimiento a la consulta indígena, por cuanto dicho proyecto no genera por su naturaleza o magnitud estos efectos, circunstancias o características. De acuerdo a lo argumentado por la Corte, si un proyecto ingresado como DIA durante la evaluación ambiental se determina que genera esta afectación, entonces "deviene inexorablemente en el rechazo de la declaración de impacto ambiental presentada por el titular y su sustitución por un estudio de impacto ambiental" (considerando décimo primero).

En definitiva, en concepto de la Corte Suprema, el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena del Convenio es que se produzca "afectación", la cual se encuentra definida en el artículo 11 letra c) de la Ley N° 19.300 complementado por el artículo 8 del Reglamento del SEIA, esto es, cada vez que se genere o presente reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, caso en cual se requerirá la presentación de un EIA.

La Corte Suprema también deja asentada una antigua jurisprudencia desarrollada tanto en sede jurisdiccional como por parte de la Contraloría General de la República, en el sentido que corresponde a la Corema (hoy Comisión de Evaluación), como órgano técnico, resolver sobre la necesidad de presentar un EIA. Ésta es una materia de vital importancia, por cuanto al órgano que le corresponde la definición sobre cuándo se entiende que existe afectación tratándose de proyectos sometidos al SEIA, es al órgano técnico competente (Corema y órganos con competencia ambiental), y no a los tribunales de justicia. Por lo anterior, si el Informe Consolidado de la Evaluación y la subsecuente RCA determinan que un proyecto no genera los efectos, circunstancias

o características del artículo 11 letra c), no correspondería a los tribunales de justicia pronunciarse de manera contraria (considerando décimo cuarto)[46].

Finalmente, la Corte Suprema pareciera validar como un procedimiento idóneo, para dar cumplimiento a los estándares de la consulta indígena del Convenio, al procedimiento de participación ciudadana que establece la Ley N° 19.300 a propósito de los EIA. En efecto, la Corte da a entender que la participación ciudadana en los EIA constituye una instancia plena de participación, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas (considerandos undécimo y duodécimo).

VIII.4. Recurso de protección contra una resolución de calificación ambiental de un proyecto de conducción y descarga al mar de efluentes tratados[47]

a. Antecedentes

Diversas comunidades indígenas mapuches de la comuna de San José de la Mariquina, en la región de Los Ríos, interpusieron un recurso de protección en contra de la Corema región de Los Ríos por haber pronunciado una RCA calificando favorablemente un EIA del proyecto "Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia", cuyo titular es Celulosa Arauco y Constitución S.A.,

www.cepchile.cl

[46] Recientemente la Corte de Apelaciones de Concepción en un fallo de 1 de diciembre de 2010 en un recurso de protección Rol N° 401/2010 interpuesto por diversas comunidades agrícolas y personas naturales contra Corema Región del Biobío por calificar ambientalmente favorable el proyecto Mini-Central Hidroeléctrica Cayupil, reclamaron que no fueron debidamente consultadas. La Corte resolvió rechazar el recurso considerando entre otros fundamentos el carácter técnico y sectorial de los pronunciamientos emitidos por los órganos del Estado. Al respecto se indicó "Particular importancia tiene la intervención de 21 órganos de la administración central y descentralizada que se pronuncian en *materias propias de su competencia* sobre la viabilidad del proyecto en tramitación. Se trata así de un *procedimiento complejo, de carácter técnico*, con intervención de variadas instituciones que aseguran una conclusión fundada, descartándose el capricho o arbitrariedad propia de una resolución sin fundamento" (considerando quinto).

[47] Exma. Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, recurso de protección Rol N° 4078/2010 caratulado *Nahuelpán Guilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos*.

por cuanto no se habría dado cumplimiento al trámite de consulta indígena del Convenio.

La Corte de Apelaciones de Valdivia procedió a rechazar el recurso de protección interpuesto, para finalmente la Corte Suprema proceder a confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Sin embargo, cabe tener presente que los fundamentos tenidos en consideración para tener por rechazado dicho recurso fueron parcialmente diferentes de los señalados por la Corte de Apelaciones de Valdivia.

b. Implicancias

La CS realiza una aclaración sobre el sentido de la consulta indígena, señalando que no es otra cosa que el derecho que el artículo 1º de la Constitución Política reconoce a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional para lograr su mayor realización espiritual y material. En este sentido, si bien las comunidades indígenas constituyen "un grupo con una especificidad cultural que le es propia", este derecho de participación y consulta sería propio de todos los nacionales de Chile (considerando primero).

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional se había pronunciado en el mismo sentido al analizar la naturaleza del derecho de consulta en el caso de la prospección y explotación de recursos que pertenezcan al Estado[48].

La CS ratifica lo señalado por la propia OIT en el sentido de que la consulta no supone un derecho a veto (opinión vinculante), por cuanto tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en su oportunidad, la utilización del término *pueblos* no deberá interpretarse en el sentido de que detentan la soberanía o su ejercicio, asignándoseles alguna potestad pública o de decisión, como sería el caso del reconocimiento a un derecho a la autodeterminación, o de veto frente a la aprobación de un proyecto.

Al respecto, el considerando segundo indica "Que cabe destacar a su vez que la consulta a los pueblos interesados que prevé el numeral 1° del artículo 6 del Convenio tiene por finalidad arribar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, *pero jamás dicha forma de participa-*

[48] Tribunal Constitucional Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 72. Al respecto el TC concluye: "La participación a que se refiere el tratado, en esta parte, debe entenderse en el marco de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución, que consagra el deber del Estado de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

www.sepchile.cl

ción podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5°, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

En el mismo sentido, el considerando cuarto establece "Que las normas antes transcritas demuestran que la participación consultiva contemplada en el Convenio *no conlleva dotar a los pueblos indígenas de poderes o potestades públicas*, sino consolidar el derecho que les asiste a ser consultados en las materias que les atañen".

La CS realiza otra afirmación, en el sentido de que el Convenio debe implementarse considerando las condiciones de cada Estado, según sus propias regulaciones (considerando sexto). En este mismo sentido, se hace referencia expresa al principio de flexibilidad que establece el artículo 34 del Convenio, que estipula que la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al Convenio deberán determinarse "teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país" (considerando quinto).

Lo señalado por la CS vendría a indicar que los derechos que se reconocen en el Convenio no necesariamente implican la modificación del ordenamiento jurídico vigente, sino que tales derechos para implementarse deberán considerar las condiciones de cada país, lo que supone por cierto tener en cuenta las condiciones regulatorias que establece el ordenamiento jurídico vigente.

La CS resuelve en el sentido de que la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 es compatible y suficiente para canalizar la consulta indígena del Convenio. Lo señalado constituye la base argumentativa para proceder al rechazo del recurso de protección. En efecto, de acuerdo al raciocinio expresado por la CS, el deber de consulta indígena ya se encuentra incorporado en el ordenamiento jurídico vigente, específicamente en la participación ciudadana que contempla la Ley N° 19.300. Al respecto el considerando séptimo establece "Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento *ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del*

procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen".

La CS incluso llega a sostener que la participación ciudadana de la Ley N° 19.300 constituye un mecanismo plenamente compatible con los estándares del principio de la buena fe y de haberse utilizado los "procedimientos adecuados" que exige el Convenio. Al respecto, el considerando noveno señala que la participación ciudadana del EIA cuyo titular es Celulosa Arauco, "cumplió con las exigencias y propósitos que el N° 2 del artículo 6 del Convenio les otorga a las consultas, esto es, de ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas".

De acuerdo a lo expresado, en el criterio de la CS la consulta indígena del Convenio no sólo se encontraría desde ya regulada en la actual normativa vigente, por lo menos para los proyectos sometidos al SEIA, sino que además se otorga un respaldo a los estándares de participación que dicho procedimiento contempla, argumentándose que tal procedimiento es compatible con los estándares de consulta del Convenio, esto es, que se trata de procedimientos que se realizan de buena fe y a través de un mecanismo adecuado a las circunstancias.

Al respecto se concluye en el considerando undécimo "Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300 *es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N° 169*, cuyo texto y principios que lo informan resultan *plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente*".

En el mismo sentido, en el considerando duodécimo se señala que la integración del Convenio al ordenamiento jurídico nacional en el caso de un proyecto sometido a evaluación ambiental mediante un EIA "ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son *enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio*"[49].

[49] Si bien hubo cuatro votos a favor de rechazar el recurso de protección, cabe destacar el voto disidente del ministro Brito, el cual es del parecer de aceptar el recurso, por cuanto en su opinión era necesario un procedimiento especial de consulta que considere elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, circunstancia que no se logra con la participación general de la Ley N° 19.300.

Si bien la CS confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el sentido de que no era procedente acoger el recurso de protección interpuesto, la CS procedió a eliminar los considerandos undécimo, duodécimo, décimo sexto, décimo séptimo y décimo octavo en el fallo de la Corte de Apelaciones.

Tener en consideración esta circunstancia es relevante, por cuanto la Corte de Apelaciones de Valdivia había estimado como un argumento para rechazar el recurso de protección el hecho de que el Reglamento de Consulta Indígena contendido en el DS N° 124/2009 del Mideplan sólo hacía exigible la consulta indígena de acuerdo al artículo 15 párrafo segundo tratándose de "las políticas, planes y programas".

Lo anterior llevó a la Corte de Apelaciones de Valdivia a señalar que los actos administrativos particulares, como es el caso de una RCA, no debieran ser consultados[50]. En este sentido, si bien la Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechaza el fundamento invocado por la Corte de Apelaciones, lo que nos lleva a concluir que, en opinión del máximo tribunal, los actos administrativos de efectos generales o particulares quedan incorporados dentro de la denominación genérica de "medidas administrativas" a que hace referencia el artículo 6 del Convenio, por lo que ambos deben ser consultados cuando afecten directamente a las comunidades indígenas.

Creemos que lo resuelto por la CS no es más que la consecuencia de lo señalado por el mismo tribunal en el caso Palguín al que hemos hecho referencia, por cuanto de acuerdo con el Tribunal Supremo el elemento clave para definir la procedencia de la consulta indígena no es el tipo o naturaleza de acto administrativo (general o particular), sino la "afectación" que éste produce. En efecto, de acuerdo al máximo tribunal, tal afectación se producirá cuando se generen o presenten los efectos, circunstancias o características del artículo 11 (c) de la Ley N° 19.300 complementado por el artículo 8 del Reglamento del SEIA,

[50] Al respecto la Corte de Apelaciones de Valdivia señaló textualmente: "Como se observa, la consulta es necesaria en el caso que la administración del Estado sostenga nuevas políticas (medioambientales u otras), nuevos planes y programas que afecten directamente a los pueblos indígenas, circunstancias del todo ajenas al acto administrativo impugnado, que es el resultado de un Estudio de Impacto Ambiental" (considerando duodécimo), recurso de protección Rol N° 148/2010 caratulado *Nahuelpán Guilitraro, Representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos*.

esto es, relocalización o alteración en los sistemas de vida y costumbres de las comunidades indígenas, situación que únicamente se produce en los casos de los EIA.

8.5. Resumen de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Del análisis coherente y sistemático de los fallos pronunciados en relación con el deber de consulta indígena establecido en el Convenio, es posible extraer las siguientes conclusiones que nos permiten analizar la forma en que nuestro máximo tribunal entiende que debe ser implementada la consulta indígena, a saber:

- La participación prevista en el Convenio no constituye una consulta popular vinculante ni puede afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina.
- La consulta procede cuando hay "afectación" de pueblos indígenas, sin importar si se trata de una medida administrativa de carácter general o particular.
- En el caso de proyectos sometidos al SEIA, se produce afectación de los pueblos indígenas cuando se generan los efectos, circunstancias o características mencionadas en el Artículo 11 (c) de la Ley Nº 19.300, esto es, si el proyecto o actividad implica reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.
- Para el caso de producirse dicha afectación, tales proyectos o actividades deberán ser evaluados a través de un EIA, procedimiento que de acuerdo a la Ley N° 19.300 contempla una instancia de participación ciudadana.
- La instancia de participación ciudadana de la Ley Nº 19.300 es adecuada y plenamente compatible con los estándares de la consulta indígena que establece el Convenio.

IX. APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA POR LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Desde la entrada en vigencia del Convenio es posible constatar una aplicación heterogénea de la consulta indígena, en especial en lo relativo al responsable de efectuar dicha consulta, su procedimiento y

www.derechile.cl

procedencia. Esto se refleja en las distintas interpretaciones de los órganos de la administración del Estado respecto a la forma en que debiera implementarse dicho Convenio, lo que ha significado en muchos casos exceder el sentido y espíritu del mismo.

IX.1. Implementación durante el SEIA

Si bien el derecho de consulta constituye un deber para el Estado, diversos órganos con competencia ambiental al evaluar proyectos sometidos al SEIA han requerido a los titulares de proyectos la realización de acciones de consulta hacia las comunidades, traspasando de esta forma la obligación hacia los privados[51]. En otras circunstancias, el propio organismo encargado de los asuntos indígenas ha llegado a exigir a los titulares de proyectos la "autorización" de la comunidad indígena como condición para ejecutar los proyectos[52].

Con relación al procedimiento con el que debe realizarse la consulta indígena, algunos órganos del Estado han calificado como insuficiente el proceso de participación ciudadana contemplado por la Ley N° 19.300 para los Estudios de Impacto Ambiental, ya que estiman que este procedimiento no daría respuesta satisfactoria a lo estipulado en el artículo 6 del Convenio[53].

Una de las principales problemáticas en relación con la procedencia de la consulta indígena se encuentra dada por la localización de

[51] Proyecto DIA "Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli", de la I. Municipalidad de Lanco, oficio del director de la Conadi, Región de Los Ríos N° 128 de 24 de marzo de 2010 que le exigió al titular implementar un plan estratégico de comunicación durante la evaluación ambiental.

[52] Proyecto DIA "Proyecto Eólico Quillagua de 100 MW" de Ingeniería Seawind Sudamérica Ltda., oficio de la Conadi San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta N° 415 de 16 de diciembre de 2008. En el mismo sentido tratándose de sondajes que recaen sobre terrenos en proceso de saneamiento, proyecto DIA "Programas de Exploración Turi" de BHP Chile Inc., oficio Conadi San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta N° 0054 de 13 de febrero de 2009.

[53] Proyecto EIA "Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama" de Sociedad Chilena del Litio, oficio de la Seremi de Mideplan Región de Antofagasta N° 709 de 21 de octubre de 2009. En el mismo sentido el proyecto DIA "Prospección Minera Lobo Marte Etapa II" de Minera Santa Rosa SCM, oficio de Conadi Región de Atacama N°107 de 7 de junio de 2010. Este último oficio da a entender que la consulta indígena debiera correr por un carril separado de la participación ciudadana de la Ley N° 19.300. En efecto, la Conadi concluye: "*que sin perjuicio del proceso de consulta previa*, del mismo análisis del proyecto, se puede colegir que la formulación del proyecto […] justifica la presentación de un EIA".

www.cepchile.cl

proyectos o actividades en Áreas de Desarrollo Indígena (ADI). Así por ejemplo, se ha indicado que por el solo hecho de efectuarse el proyecto dentro de un ADI, se hace necesario establecer un proceso de consulta indígena, sin hacer referencia a la significación o magnitud de los impactos que pudiera generar el proyecto[54].

De acuerdo a esta interpretación, la mera localización de un proyecto en un área con población indígena sería causal suficiente para hacer exigible la consulta indígena. Sin embargo, si se considera que de acuerdo al artículo 6 del Convenio el elemento que define la procedencia de la consulta es la "afectación directa" que una determinada medida puede producir en las comunidades, el sólo hecho de la localización de un proyecto en áreas con presencia indígena no significa automáticamente que se produzca su afectación.

En efecto, un proyecto en áreas con presencia indígena no necesariamente debe significar un impacto negativo para dichas comunidades, ya que puede acarrear un beneficio para las mismas. Sobre este punto, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó un recurso de protección interpuesto por una comunidad indígena mapuche que se oponía a la construcción de la ruta Temuco-Labranza, por cuanto afectaría una obra de agua potable rural de propiedad de la comunidad. Al respecto la Corte estimó que por el contrario el proyecto traería un mejor y mayor desarrollo para dicha comunidad[55].

Por otro lado, la mera localización en áreas con presencia indígena no necesariamente significa que se producirá afectación, ya sea en razón de la distancia en que habitan o desarrollan sus actividades, quedando fuera del área de influencia de los proyectos, o en razón de las medidas de mitigación que se propongan lo que permite evitar, impedir

www.cepchile.cl

[54] Proyecto DIA "Ampliación y Mejoramiento Aeropuerto El Loa Calama II Región de Antofagasta" del Ministerio de Obras Públicas, oficio de la Seremi de Mideplan Región de Antofagasta N° 596 de 13 de octubre de 2009.

[55] Ilust. Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 27 de septiembre de 2010, recurso de protección Rol N° 1155-2010 caratulado *Comunidad Indígena Mapuche Hueche Huenulaf contra el Ministerio de Obras Públicas.* La Corte rechazó el recurso considerando que el desarrollo del proyecto no implicaba afectación, por cuanto en esa etapa de proyecto no presenta consecuencias negativas ni para la comunidad ni para los integrantes de la misma individualmente considerados, señalando expresamente que "no se ha acreditado alguna afectación a sus derechos como pueblo indígena", agregando que "por el contrario, la construcción de ese camino traerá, a no dudarlo, un mejor y mayor desarrollo económico, social, cultural y de acercamiento a los sistemas de salud y de conectividad […]" (considerando décimo quinto).

o disminuir la ocurrencia de impactos significativos directos en las comunidades.

De acuerdo a lo expresado, la localización de un proyecto en un área con presencia indígena constituye un elemento adicional o complementario a considerar, pero no puede convertirse en el elemento esencial y único que determine la procedencia de la consulta indígena. Lo anterior, por cuanto el procedimiento de consulta y participación requiere de la existencia de "pueblos interesados", esto es, aquellos que tienen un interés comprometido que puede ser afectado por una determinada medida, según disponen numerosos artículos del Convenio (art. 6, art. 7, art. 8, art. 14, art. 15, art. 16, etc.)[56].

La fórmula empleada por el Ejecutivo en el Reglamento de Consulta Indígena (DS 124/2009 de Mideplan) de hacer procedente la consulta respecto de proyectos de inversión que se ejecuten en Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) y tierras indígenas[57], debe ser aplicada de manera coherente con el Convenio, en el sentido de que la localización de un proyecto en áreas de desarrollo indígena no es causal automática de la consulta indígena, sino cuando se acredite que se produce afectación directa de las comunidades.

Considerando que las ADI en algunas regiones del país representan territorios relativamente extensos, es preciso establecer criterios que permitan distinguir en qué casos se aplica la consulta indígena a aquellos proyectos que se ejecutan dentro de ellas, para lo cual se proponen los siguientes criterios de diferenciación:

(i) *Criterio de la afectación*: la aplicación de la consulta indígena corresponderá en el caso de comunidades que se vean afectadas por la implementación de la medida. De esta manera, no basta con que existan comunidades habitando dentro de un ADI, sino que se requiere demostrar que la medida altera sus formas de vida tradicionales.

(ii) *Criterio del área de influencia*: el límite territorial de la afectación se determinará con relación al área de influencia del proyecto, de

[56] El *Manual* del Convenio de la OIT del año 2003 define a los pueblos interesados como "los que se verán *afectados* por una determinada medida", es decir, aquellos que recibirán algún impacto negativo en su calidad de indígenas.

[57] El artículo 5º del DS 124/2009 de Mideplan que establece el Reglamento de Consulta Indígena se refiere a la consulta de las comunidades indígenas en caso de "proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la Ley Nº 19.253".

www.cepchile.cl

manera que la consulta será aplicable a las comunidades localizadas en una ADI que se encuentre dentro del área de influencia del proyecto.

(iii) *Criterio de afectación en su calidad de indígena*: los pueblos indígenas son reconocidos y respetados como tales en razón de su aporte a la multiculturalidad y al hecho de conservar manifestaciones étnicas y culturales que les son propias (artículo 1º de la Ley Indígena). De esta forma, la afectación de una comunidad indígena debido al desarrollo de un proyecto se determinará en relación con las manifestaciones étnicas, culturales o religiosas que les son propias. Éstos son los elementos que le dan sentido a la existencia de una protección especial para los indígenas, de manera que si un proyecto localizado próximo a una comunidad no genera efectos adversos en estos elementos étnicos o culturales, no corresponderá aplicar la consulta indígena.

La Contraloría General de la República, a propósito de la localización próxima de proyectos en áreas protegidas, ha señalado que la "mera proximidad" entre el proyecto y el área protegida no es requisito suficiente para exigir la presentación de un EIA[58]. Si bien el dictamen de la Contraloría tiene por objeto clarificar la procedencia de una DIA o EIA, está poniendo en evidencia que la mera localización no supone necesariamente "afectación", sino que habrá que analizar el tipo de intervención o magnitud de los impactos y medidas propuestas para hacerse cargo de ellos.

IX.2. Alcance de la expresión "cuestión indígena" que contempla la Ley Indígena

El día 17 de diciembre de 2009, la Contraloría General de la República procedió a informar ante la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de un recurso de protección interpuesto en su contra, por el hecho de haber tomado razón del Decreto Nº 192 de 2009 del Ministerio de Economía mediante el cual se otorga a una empresa de generación

[58] Contraloría General de la República, dictamen Nº 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008. El dictamen señala que "no resultaba objetable el ingreso al SEIA mediante una DIA", ya que la Ley Nº 19.300 "no se limita a requerir la evaluación ambiental en razón de la mera proximidad entre el proyecto o actividad respectivo y el área protegida", sino que se requiere acreditar que sea *"susceptible de ser afectada por el proyecto"*, dada la magnitud o duración de la intervención.

eléctrica la concesión definitiva para establecer una central hidroeléctrica en la Región de Los Lagos[59].

El mencionado informe efectúa un pronunciamiento sobre los alcances del deber de consulta indígena que contempla el artículo 34 de la Ley Indígena Nº 19.253. Dicha disposición legal señala que los servicios de la administración del Estado, cuando traten materias que tengan ingerencia o relación con "cuestiones indígenas", deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Cabe recordar que dicha norma fue reglamentada a través del Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS Nº 124/2009 de Mideplan, estableciendo los supuestos y el procedimiento en que debe realizarse la consulta indígena.

La Contraloría, ante el reclamo de no haberse efectuado la consulta indígena en forma previa al otorgamiento de la concesión eléctrica, señaló los siguientes puntos que resultan de interés para los efectos de delimitar la procedencia de la consulta indígena frente a "cuestiones indígenas".

a. Que el otorgamiento de la concesión no reviste la naturaleza de "cuestión indígena" a que alude el artículo 34 de la Ley indígena

La Contraloría señala que la tramitación de la concesión no es una materia indígena, dado lo cual no requiere ser consultada. Lo señalado podría ser aplicable no sólo a las concesiones eléctricas, sino también a las mineras, otorgamiento de derechos de aguas, constitución de servidumbres, etc., por cuanto dichos procedimientos corresponderían a materias mineras, eléctricas o de aguas, etc., pero no a cuestiones indígenas.

De acuerdo con lo expresado por la Contraloría, la procedencia de la consulta indígena dependerá de que se esté en presencia de "cuestiones indígenas", como sería el caso de planes de desarrollo para indígenas, subsidios indígenas, fijación de Áreas de Desarrollo Indígena (ADI), etc.

La Contraloría expresa que la consulta que establece el Reglamento de Consulta Indígena contenido en el DS Nº 124/2009 se refiere a las medidas legislativas y administrativas que sean susceptibles de

[59] Contraloría General de la República, dictamen Nº 70292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

www.cepchile.cl

afectarles directamente y que tengan su origen en algunos de los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4 de dicho Reglamento, situación que no comprendería al decreto que otorga la concesión.

De acuerdo a lo señalado por Contraloría, el decreto que aprueba la concesión eléctrica y cuya toma de razón fuera cursada por el órgano contralor, no estaría comprendido dentro de las medidas legislativas y "administrativas" a que hace referencia el Reglamento de Consulta Indígena.

Lo anterior estaría recogido en la propia definición de "afectación" que contempla el Reglamento de Consulta Indígena en el artículo 7, que entiende que existe "cuando la medida legislativa o administrativa o el respectivo plan o programa de desarrollo nacional o regional, según corresponda, diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley Nº 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables".

b. La oportunidad procesal de "oposición" que contempla el procedimiento concesional constituye una instancia adecuada para reclamar de la vulneración de los derechos de los indígenas

La Contraloría señala que tanto la Conadi como los miembros de alguna comunidad indígena que estimen que la concesión vulnera sus derechos o afecta sus tierras "han tenido la oportunidad de hacer valer sus oposiciones en la tramitación del procedimiento concesional —toda vez que de la solicitud se efectúan publicaciones para que se opongan los que estimen vulnerados sus derechos— sin que éstas hayan sido planteadas".

De acuerdo a lo anterior, el órgano contralor estaría validando la suficiencia del procedimiento de oposición que contempla la actual legislación, como una instancia adecuada para que las organizaciones indígenas puedan hacer valer sus derechos. En otras palabras, la Contraloría estima que aun cuando no se hubiere efectuado una consulta especial indígena previa al otorgamiento de la concesión eléctrica, esto no infringiría la Ley Indígena ni el Reglamento de Consulta Indígena, por cuanto dicho procedimiento contempla la posibilidad de formular oposiciones.

www.cepchile.cl

Lo señalado por Contraloría resulta coincidente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en cuanto a la necesidad de consulta previa para el desarrollo de labores mineras. En efecto, el TC señaló que el procedimiento judicial de constitución de concesiones mineras constituye una "garantía para que todos los interesados puedan ser escuchados frente a una violación de sus derechos". En este sentido, el TC es de la opinión que este derecho de consulta ya se encuentra garantizado en el actual procedimiento judicial[60].

X. REFLEXIONES PARA UNA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO

X.1. Derecho en relación con las tierras

Según se ha indicado anteriormente, el Convenio reconoce a los indígenas dos derechos de distinta jerarquía o entidad. El primero relacionado con que se les reconozcan sus derechos de propiedad y posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan (artículo 14 N° 1 primera parte), y el segundo, el derecho a utilizar las tierras a las que tradicionalmente han accedido aunque no sean ocupadas exclusivamente por ellos (artículo 14 N° 1 segunda parte).

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional estableció que estas disposiciones tenían el carácter de programáticas, es decir, disposiciones que reflejan declaraciones pero no son ejecutables con el solo mérito del tratado. Como consecuencia de lo anterior, será necesario que el Estado dicte medidas para dar efecto a los mencionados derechos, para lo cual deberán considerarse las condiciones propias de cada país.

Con el objeto de ilustrar el sentido que se les ha conferido a ambos derechos, resulta conveniente recurrir a la opinión del Foro Permanente de Asuntos Indígenas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas[61], organismo que elaboró una guía que analiza los principios relevantes del Convenio y de la Declaración de las Naciones

[60] Tribunal Constitucional, Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000, considerando 70.

[61] El Foro Permanente en Asuntos Indígenas se encuentra integrado por un panel de 16 expertos en materias indígenas, al cual le corresponde prestar asesoría especializada al Consejo de la ONU, así como formular recomendaciones sobre cuestiones indígenas.

www.cepchile.cl

Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en materias relacionadas con los derechos sobre la tierra y territorios indígenas, y sobre los recursos naturales existentes en ellas[62].

Esta guía contiene una opinión técnica, elaborada con la asesoría de la OIT, que busca orientar la interpretación de los conceptos jurídicos que el Convenio establece en materia de derechos sobre tierras y territorios.

De acuerdo al Foro Permanente, para reclamar el reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, se requiere que exista una ocupación tradicional, que debe ser efectiva (real). Lo anterior se sustenta en que el artículo 14 del Convenio utiliza las expresiones "ocupadas por ellos" o "que tradicionalmente ocupan", por lo que se exigiría que la ocupación sea actual o a lo menos reciente. Para el caso que no sea así, el Convenio sólo reconocería un derecho a utilizar dichas tierras o territorios.

En efecto, el artículo 14 N° 1 del Convenio se refiere al derecho de propiedad y de posesión que tienen las comunidades respecto de las tierras que "tradicionalmente ocupan", contrastándola con el derecho para que se adopten medidas para salvaguardar su derecho a "utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos", pero en las que han tenido un acceso tradicional, según señala el artículo 14 N° 1 parte final.

Efectuar esta distinción resulta relevante, por cuanto el derecho a "utilizar" es un derecho de menor jerarquía, que no da derecho a propiedad y se refiere a los casos en que la propiedad pertenece a un tercero, ya sea al Estado o a particulares. Para hacer efectivo este derecho a "utilizar" estos terrenos en que existe propietario legítimo, deberá solicitarse su autorización. Para el caso que se trate de terrenos fiscales que ocupen tradicionalmente los pueblos indígenas, el Estado podría permitir la utilización de dichos terrenos para los fines que se estime, por ejemplo celebrando un convenio de colaboración con las comunidades para permitir el pastoreo, extracción de leña en una reserva nacional u otros en terrenos fiscales.

---

[62] Economic and Social Council, Permanent Forum on Indigenous Issues, "A Draft Guide on the Relevant Principles Contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that Relate to Indigenous Land Tenure and Management Arrangements." (E/c.19/CRP.7.), New York, 2009. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C19_2009_CRP_7.doc.

En el caso de un terreno privado, dicha utilización podría consentirse mediante una simple autorización (tolerancia) o contrato que permita la utilización de los pueblos indígenas de un terreno privado que es ocupado tradicionalmente para sus actividades. Sin embargo, tal como se ha señalado, en ambos casos dicha utilización no podría dar a lugar a un derecho a reclamar el dominio y posesión.

Lo novedoso del Convenio es que reconoce un derecho a "utilizar" terrenos ajenos, por lo que el Estado de Chile deberá adoptar las medidas legislativas o administrativas para permitir el efectivo ejercicio de ese derecho, lo que no podría afectar derechos adquiridos. En cuanto al derecho de reivindicación, el Convenio impone sobre los gobiernos en el artículo 14 Nº 2 el deber de tomar medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos "ocupan tradicionalmente" para garantizar su protección. Esta tarea ha sido emprendida por el Estado a través del Fondo de Tierras y Aguas de la Conadi, por lo que ése es el instrumento adecuado para su implementación.

Una segunda precisión de relevancia dice relación con la necesidad de acreditar que las tierras tradicionalmente ocupadas lo son de manera actual o al menos reciente. En efecto, se señala por parte del Panel de Expertos que se requiere que dicha ocupación tradicional sea *actual* en orden a hacer aplicable esta disposición. Se indica que la inclusión en el artículo 14 (1) de la palabra "exclusivamente" entre las palabras "no estén" y "ocupadas" (en vez de "meramente" no estén ocupadas) significaría que aquellas comunidades que han sido despojadas de sus tierras no gozan del beneficio de esta disposición.

Es así como el documento elaborado por el Panel de Expertos señala: "Esta disposición sugiere que los pueblos indígenas *necesitan estar actualmente en posesión de tierras tradicionales*, sea como poseedores exclusivos o no, para poder calificar dentro de esta sección […] La inclusión de la palabra "exclusivos" […] *podría sugerir que los pueblos indígenas que han sido despojados de sus tierras no podrán beneficiarse de esta disposición*"[63].

Esta posición también es compartida por la doctrina internacional, que señala que tratándose de derechos de propiedad reclamados por

[63] Traducción nuestra. El texto original señala: "This provision suggests that Indigenous people need t*o be currently in possession of traditional lands*, whether as exclusive possessor or not, in order to qualify under this section […] The inclusion of the word 'exclusively […] *might suggest that indigenous peoples who have been dispossessed of their lands will not have the benefit of this provision*".

indígenas, "estos deben ser capaces de ejercitar algún tipo de control o derecho a disponer, y no una mera práctica tradicional o uso que cambie con la evolución cultural"[64].

Cabe señalar que la Corte Suprema, en el caso de la regularización de aguas por parte de la Comunidad de Chusmiza-Usmagama, consideró como elemento clave para acoger la solicitud de regularización, la circunstancia, que constituía un hecho no controvertido, de que el uso de las aguas se habría hecho de manera "ininterrumpida" desde períodos precolombinos hasta nuestros días, lo que se manifiesta por la existencia de socavones, estanques de acumulación, terrazas de cultivos, canales y el mismo asentamiento humano[65].

De acuerdo con este criterio, no bastaría con señalar que existiría una utilización histórica de aquellos territorios para los efectos de sustentar reclamaciones de propiedad o posesión sobre las tierras, sino que se requiere acreditar la existencia de una conexión entre ese uso tradicional y ancestral con la actualidad al menos reciente.

En cambio el derecho a "utilizar" tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos significaría un derecho de menor entidad, toda vez que se está reconociendo dominio ajeno, caso en el cual el Convenio sólo reconocería un derecho a utilizar terrenos que pertenecen a terceros. Sin embargo, debido al carácter programático de esta disposición, para hacer efectivo este derecho se requerirá de las adecuaciones legislativas necesarias para permitir dicha utilización respecto de terrenos ajenos, sin perjuicio de las autorizaciones o permisos que sus propietarios puedan otorgar.

En tal sentido, este derecho podría ser reconducido a algunas de las instituciones que el Derecho Civil contempla a propósito de la

---

[64] Geir Ulfstein, "Indigenous People's Rights to Land", 2004, p. 22. El autor expresa "while the second sentence gives a right of use, the first sentence gives a right to something more than use, namely the rights of ownership and possession. This also implies that within lands coming under first sentence indigenous people *shall be able to exercise a form of control or right of disposal, and not just to practise traditional use or use which changes in step with the evolution of their culture*" ("mientras la segunda frase da un derecho de uso, la primera da derecho a algo más que el uso, a saber, a derechos de propiedad y posesión. También implica que en los territorios considerados en la primera frase, los indígenas podrán ejercer una forma de control o derecho a disponer, y no sólo ejercer un uso tradicional o un uso que cambie de acuerdo con la evolución de su cultura").

[65] Sentencia de la Exma. Corte Suprema de fecha 25 de noviembre de 2009, Rol N° 2840/2008.

utilización o detentación de terrenos ajenos, como ocurre a propósito de las reglas del precario que regula la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (artículo 2195 Código Civil), o de los actos de mera tolerancia a propósito de las servidumbres, como es el caso del dueño que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras o paste en ellas, sin que eso implique imponer la servidumbre de tránsito o pasto en su terreno (artículo 2499 inciso tercero Código Civil).

El reconocimiento a un derecho a utilizar terrenos ajenos a que hace referencia el Convenio debe aplicarse considerando el respeto del ordenamiento jurídico vigente, para lo cual podría recurrirse a mecanismos legales que permitirían garantizarlo, tales como contratos de arrendamiento y constitución de servidumbres voluntarias, en los cuales se garantiza el derecho a utilizar las tierras por parte de las comunidades, pero asegurando al mismo tiempo el derecho de dominio por parte de quien tiene un título justo, esto es, un acto o contrato. De lo contrario, el derecho establecido en el Convenio estaría en contradicción al régimen general de adquisición de la propiedad establecido en Chile.

Sin perjuicio de los mecanismos que deberán desarrollarse para asegurar tanto el respeto del derecho de los indígenas establecido en el Convenio y el respeto de los derechos que reconoce la legislación nacional a los legítimos propietarios de las tierras, deberá considerarse que cualquier mecanismo que pretenda implementarse no podrá alterar los actos o contratos ya celebrados. Esto quiere decir que el derecho reconocido en el Convenio no podrá aplicarse a los contratos (compraventas, concesiones, arrendamientos) que se hubieren válidamente celebrado con anterioridad a la aprobación del Convenio, ya que de lo contrario se estarían afectando derechos adquiridos, cuestión que se encuentra prohibida por la Constitución Política de la República.

X.2. Derecho en relación con la participación y consulta sobre recursos naturales existentes en sus tierras (territorios)

En cuanto al *derecho a obtener por parte del Estado una protección especial de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras*, a que hace referencia el artículo 15 parte primera del Convenio, éste es un tema que puede acarrear exigencias para el Estado en relación con una obligación de catastrar y proteger esos recursos naturales, lo que

desde un punto de vista de su aplicación tiene implicancias para la evaluación ambiental de proyectos.

En efecto, el Convenio reconoce que los recursos naturales existentes en tierras indígenas, y por extensión de los existentes en territorios indígenas de acuerdo al artículo 13 (2) del Convenio, merecen un grado de protección especial (artículo 15 parte primera). Esta circunstancia podría hacer exigible al Estado la obligación de efectuar una declaración oficial de dichos recursos como protegidos, por ejemplo mediante una resolución o decreto, procediéndose a identificar o catastrar aquellos recursos, lo que podría tener consecuencias en relación con la exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental, por aplicación del artículo 9 letra (b) del Reglamento del SEIA.

De acuerdo a lo expuesto, el titular del proyecto deberá presentar un EIA, cuando éste se localice próximo a recursos protegidos susceptibles de ser afectados, para lo cual se debe considerar la magnitud o duración de la intervención o emplazamiento *en o alrededor de áreas donde existan recursos protegidos* en forma oficial, según estipula el artículo 9 (b) del Reglamento del SEIA.

Esta exigencia de protección ha sido parcialmente efectuada por el Estado al delimitar los acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la I y II Región. En efecto, el año 1992, los artículos 58 y 63 del Código de Aguas fueron modificados[66] en el sentido de prohibir la exploración y explotación de aguas subterráneas en los acuíferos alimentadores de las vegas y bofedales de la I y II Región. La modificación tuvo como fundamento el hecho de que los acuíferos referidos son el sustento de las actividades agroganaderas y de sobrevivencia de las comunidades andinas, estableciéndose una medida de protección de estos ecosistemas únicos y del manejo y uso ancestral que las comunidades habían hecho de ellos.

Así se agregó un inciso final al artículo 58 del Código de Aguas, en virtud del cual *no se permite efectuar exploraciones* en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con *autorización fundada* de la DGA, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.

En relación con la explotación de las aguas, el artículo 63 del Código de Aguas, que trata las *zonas de prohibición para nuevas explota-*

[66] Ley Nº 19.145, publicada en el *Diario Oficial* el 25 de junio de 1992.

www.epublic.cl

ciones[67], declaró como tales las zonas que corresponden a acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y de Antofagasta, obligando a la DGA a identificar y delimitar previamente dichas zonas.

En virtud de las modificaciones descritas, a partir del año 1993 la DGA llevó a cabo, en convenio con la Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, un estudio denominado "Identificación y ubicación de áreas de vegas y bofedales de las Regiones I y II", cuyo objetivo principal fue identificar, ubicar geográficamente y caracterizar las vegas y bofedales de dichas regiones.

De acuerdo a los resultados de ese estudio, en 1996 se dictó la Resolución DGA N° 909 que delimitó dichos acuíferos. Originalmente, en la II Región se protegieron 167 humedales con una superficie asociada de 2.798 km^2, equivalentes al 2,22% de la superficie total de la región. En el año 2003 mediante la Resolución DGA Nº 529 se modificó la delimitación de estos acuíferos para la II Región, quedando protegidos 228 humedales y una superficie de 5.149 km^2 equivalentes al 4,07% de la superficie total regional[68]. En 2006 fue nuevamente modificada la identificación y delimitación de los acuíferos que alimentan vegas y bofedales en la Región de Antofagasta, mediante la Resolución DGA Nº 87[69].

Todo lo anterior puede enmarcarse dentro de esta obligación de proteger especialmente los recursos naturales que se encuentren en las tierras o territorios indígenas, que el Estado ha asumido y que podría comprender una obligación adicional de identificar y otorgar protección oficial a diversos recursos naturales o culturales que pueden ser considerados de valor para las comunidades, tales como menokos, sitios ceremoniales religiosos para el desarrollo de actividades tradicionales, árboles sagrados, cerros, cementerios, etc.

En cuanto *al derecho a participar y a ser consultado con relación a los recursos naturales que se encuentren en sus tierras*, este tema puede tener amplias repercusiones. Si bien el TC estimó que era una disposición programática y que se enmarcaba en el derecho general

[67] De acuerdo con el artículo 63 del Código de Aguas, la declaración de una zona de prohibición dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella.

[68] http://www.dga.cl/index.php?option=content&task=view&id=168&Itemid=325.

[69] Publicado en el *Diario Oficial* el 1 de junio de 2006.

de participación que establece el artículo 1º de la Constitución Política, creemos que este derecho de participación y consulta puede tener mayores consecuencias que las advertidas por el TC.

Con relación a la participación, el Convenio viene a fortalecer el derecho de participación indígena consagrado en la Ley 19.253 en los artículos 34 al 37. Debe considerarse que el Convenio reconoce específicamente el *derecho a participar en la conservación de los recursos naturales*, por lo que se está explícitamente reconociendo la existencia de un interés legítimo por parte de los pueblos indígenas y tribales para instar por la protección de estos recursos. En este sentido, el Convenio viene a clarificar que constituye una "cuestión indígena", aquellos referidos a la conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios.

Este reconocimiento a participar en temas de conservación de los recursos naturales ha sido fortalecido con las recientes modificaciones incorporadas a la Ley N° 19.300 por la Ley N° 20.417 que crea la Nueva Institucionalidad Ambiental[70].

De acuerdo a estas modificaciones, es posible que proyectos tramitados como Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) contemplen participación ciudadana en los casos en que se produzcan cargas ambientales, esto es, externalidades negativas para las localidades próximas (art. 30 bis Ley N° 19.300). Esta situación permitiría incorporar la consulta indígena incluso respecto de proyectos que no alteran los sistemas de vida o costumbres de las comunidades, o no den lugar a relocalización, sino que generan impactos menores o indirectos (cargas ambientales). Sin embargo, en estos casos la consulta dependerá de que la soliciten dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o diez personas naturales directamente afectadas[71].

Con las modificaciones incorporadas por la Ley N° 20.417, las comunidades indígenas también se han visto fortalecidas en sus dere-

[70] Ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el *Diario Oficial* el 26 de enero de 2010..

[71] Artículo 30 quinquies de la Ley N° 19.300. Actualmente por Instructivo de la Dirección Ejecutiva de Conama (hoy Servicio de Evaluación Ambiental) N° 100745 de 12 de marzo de 2010 que Modifica Anexo Asociado a las Instrucciones acerca de la Aplicación de las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.417 a la Ley N° 19.300, se estableció que la participación ciudadana en las DIA se encontraba pendiente en su vigencia a la espera de la dictación del respectivo reglamento.

chos de seguimiento de los proyectos sometidos al SEIA. En efecto, el nuevo artículo 25 quinquies incorporados a la Ley N° 19.300 establece que los que se consideren "directamente afectados" podrán solicitar la revisión de la RCA, para el caso en que las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento, sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan cambiado sustantivamente con relación a lo proyectado o no se hayan verificado, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Esta hipótesis permitiría a las comunidades aledañas que sufran afectación en sus derechos solicitar la adecuación del proyecto, de manera que se adopten las medidas necesarias para corregir los impactos no previstos.

Además de las instancias citadas, una vez que entre en funcionamiento la Superintendencia del Medio Ambiente[72], las comunidades contarán con la posibilidad de que dicho organismo fiscalice a los proyectos o actividades que generen *efectos no previstos en la evaluación ambiental*.

De acuerdo al artículo 3º letra (h) de la ley que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, dicha repartición tendrá la facultad de *suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento* contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental o adoptar otras medidas urgentes y transitorias, para el resguardo del medio ambiente, cuando la ejecución u operación de los proyectos o actividades *genere efectos no previstos en la evaluación y como consecuencia de ello se pueda generar un daño inminente y grave para el medio ambiente*. Esta medida también puede adoptarse en caso de incumplimiento grave de las condiciones impuestas en la RCA, que pudiera generar un daño grave e inminente para el medio ambiente, según dispone el artículo 3 letra (g).

En otras palabras, para el caso que se detecte la generación de impactos no previstos o exista un riesgo de generarse un daño grave al medio ambiente de las comunidades indígenas, éstas se encontrarán facultadas para denunciar esta situación ante la Superintendencia, la cual de manera transitoria podrá suspender la RCA y adoptar las medidas urgentes y transitorias que se estimen pertinentes (artículo 32 de la Ley 19.880).

[72] La Superintendencia de Medio Ambiente entrará en vigencia cuando comiencen a regir los tribunales ambientales.

Lo anterior permitiría sostener que de acuerdo al actual ordenamiento jurídico, las comunidades indígenas tienen resguardado su derecho a participar en la conservación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras y territorios.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que durante la discusión parlamentaria de la aprobación del Convenio, la opinión manifestada por el Ejecutivo se inclinó a formalizar la consulta a través de la creación de un nuevo permiso. Así en el informe de la Comisión de Relaciones Exteriores dirigida a la Cámara de Diputados, el entonces ministro (s) José Miguel Insulza anunció que "se harán las adecuaciones legales internas para establecer el permiso del indígena o de una autoridad, con lo que se conciliará el Convenio con el derecho de la Constitución Política"[73].

De esta forma, es eventualmente factible que la consulta indígena concluya en la creación de un permiso especial en los casos que se contemple la utilización de recursos naturales que se encuentren en sus tierras o territorios.

X.3. Derecho a participar de los beneficios y a ser indemnizados

Con relación al *derecho a participar de los beneficios que reporten tales actividades*, creemos que la actual legislación ya establece los mecanismos adecuados para garantizar su reconocimiento, por lo menos desde un punto de vista de los beneficios ambientales.

En efecto, la legislación ambiental ha instaurado el mecanismo del Estudio de Impacto Ambiental con el objetivo preciso de establecer medidas o acciones para "impedir o minimizar sus efectos significativos adversos", que el proyecto o actividad presente o genere, según define el artículo 2 letra (i) de la Ley 19.300.

Para estos efectos, la legislación ambiental reconoce la necesidad de evaluar los impactos ambientales adversos y compensar dichos impactos mediante un *efecto positivo alternativo*, estableciendo las medidas de compensación correspondientes, según establece expresamente el artículo 60 del Reglamento del SEIA. En este escenario, el derecho a participar de los beneficios que reporten tales actividades debe entenderse resguardado por lo menos desde el punto de vista ambiental.

---

[73] Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, Informe Nº 223-10.

www.cepchile.cl

En cuanto al derecho a participar de los beneficios de orden económico o monetario que el proyecto genere como consecuencia de la explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras indígenas o territorios, corresponderá al Estado a través de su política de gasto social entregar los recursos a las comunidades indígenas, ya sea a través de subsidios directos o programas sociales y productivos diseñados directamente en beneficio de dichas comunidades.

Desde un punto de vista de efectividad, eficiencia y conveniencia social de establecer un modelo de participación económica en base a las negociaciones o acuerdos que alcancen las partes, cabe señalar que la experiencia ha demostrado la inconveniencia de tal solución. En efecto, la existencia de pagos directos a las comunidades podría generar situaciones de corrupción y tráfico de influencias. Por otro lado, el pago de dineros a las comunidades ha sido utilizado como herramienta de extorsión para condicionar la aprobación o rechazo de un proyecto, lo que ha derivado en fragmentación social de las propias comunidades, generándose una división entre quienes aceptan la compensación y quienes no.

En definitiva, la fórmula de traspaso de dineros directos desde las empresas hacia las comunidades mediante procesos de negociación o acuerdos tiene el riesgo de generar corrupción, ineficiencia en el uso de los recursos aportados, caudillismo y fragmentación social. Lo anterior es sin perjuicio de lo que las empresas decidan hacer en forma voluntaria en el contexto de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE).

Con relación al derecho a *ser indemnizado de cualquier daño que puedan sufrir como consecuencia de esas actividades*, también creemos que este derecho ya se encuentra resguardado en el derecho común que reconoce como principio general que todo aquel que sufre un daño debe ser resarcido por los perjuicios causados.

Con todo, resulta conveniente clarificar la expresión utilizada por el Convenio, esto es, que resulta indemnizable "cualquier daño", por cuanto conforme al sistema general de responsabilidad establecido en Chile se requiere probar la culpabilidad o negligencia de quien causa el daño o perjuicio. En este sentido, la expresión cualquier daño debe entenderse que será procedente en la medida que medie una responsabilidad subjetiva, ya que el principio la responsabilidad objetiva en Chile no tiene cabida por regla general.

En cuanto al tipo de daños, deberá distinguirse si existen derechos de propiedad sobre los recursos naturales afectados, ya que sólo

www.cepchile.cl

en ese caso podrá demandarse una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados en el patrimonio de las comunidades.

Distinta es la situación en que las comunidades demanden una acción meramente reparatoria del *daño ambiental* producido. En este caso, el Convenio, al contemplar un derecho para instar por la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras, está reconociendo un interés legítimo para demandar aunque no tengan la calidad de propietarios de dichos recursos, toda vez que el Convenio no se restringe a los recursos naturales que *pertenezcan* a la comunidad, sino que comprende también a aquellos que se *encuentren* en sus tierras.

XI. COMENTARIOS FINALES

El reconocimiento de derechos especiales a los pueblos indígenas supone el respeto de la dignidad de los mismos, como su plena capacidad para decidir y controlar su destino a través de sus propias instituciones y determinar el control de sus propios asuntos. Sin embargo, estos derechos y ventajas no suponen el reconocimiento a la "autodeterminación", en el sentido que se les haya conferido poderes públicos o soberanos, sino que tales derechos deben ser ejercicios en forma igualitaria con los demás grupos que forman parte de la sociedad.

Como consecuencia de lo anterior, los derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en el ordenamiento jurídico vigente. Este contexto conlleva a que las altas expectativas de las comunidades surgidas como consecuencia de la vigencia del Convenio poco a poco se hayan ido adecuando a la realidad normativa e institucional vigente.

Lo anterior ha quedado demostrado tempranamente desde el dictamen del Tribunal Constitucional hasta los diversos fallos emitidos por la Corte Suprema que han reconducido el derecho de consulta indígena al estatus de participación aplicable a todos los chilenos, sin distinción de origen étnico.

La decisión de implementar procedimientos o instancias especiales de consulta, como la existencia de un permiso indígena, supondrá la existencia de una voluntad política y social de avanzar en la incorporación de nuevos mecanismos de participación o el perfeccionamiento de los existentes.

www.cepchile.cl

Referencias

Documentos y textos legales:

BIT (Bureau International du Travail), ILO (International Labour Office), Oficio ACD 5-169 de 6 de febrero de 2008.

Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas. "Código de Conducta Responsable para Inversiones en Tierras y Áreas de Desarrollo Indígena." Documento de Discusión. Ministerio de Planificación (abril de 2009).

Conadi. "Implementación del Convenio N° 169 de la OIT". Segunda Parte. Documento sin fecha.

Conama. Instructivo Dirección Ejecutiva de CONAMA N° 100745 de 12 de marzo de 2010. Modifica Anexo Asociado a las Instrucciones acerca de la Aplicación de las Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.417 a la Ley N° 19.300.

Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana. Informe Nº 223-10.

Congreso Nacional, Senado. Sesión de discusión de la Ley Indígena Nº 10, legislatura del 13 de julio de 1993.

Contraloría General de la República. Dictamen Nº 13.432 de fecha 27 de marzo de 2008.

———— Dictamen Nº 70292 de fecha 17 de diciembre de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de 1 de diciembre de 2010. Recurso de Protección Rol N° 401/2010 caratulado *Meza Moncada y otros contra COREMA Región del Bío Bío.*

Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia de 27 de julio de 2010. Recurso de Protección Rol Nº 36/2010 caratulado *Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda*.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de septiembre de 2010. Recurso de protección Rol N° 1155-2010 caratulado *Comunidad Indígena Mapuche Hueche Huenulaf contra el Ministerio de Obras Públicas*.

Corte Suprema. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009. Recurso de Protección Rol N° 2840/2008 caratulado *Alejandro Papic Domínguez con comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama*.

———— Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2009. Recurso de Protección Rol N° 7287/2009 caratulado *Francisca Linconao Huircapán con Sociedad Palermo Limitada.*

———— Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010. Recurso de Protección Rol N°1525/2010 caratulado *Puelman Ñanco, Mariano y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía*.

———— Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010. Recurso de Protección Rol N° 4078/2010 caratulado *Nahuelpán Guilitraro, representante Comunidad Indígena Villa Nahuel y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Ríos.*

DIA (Declaración de Impacto Ambiental). BHP Chile Inc.: Programas de Exploración Turi.

DIA (Declaración de Impacto Ambiental). Ingeniería Seawind Sudamérica Ltda.: Proyecto Eólico Quillagua de 100 MW .

DIA (Declaración de Impacto Ambiental). Minera Santa Rosa SCM: Prospección Minera Lobo Marte Etapa II.

www.cepchile.cl

DIA (Declaración de Impacto Ambiental). Ministerio de Obras Públicas: Ampliación y Mejoramiento Aeropuerto El Loa Calama - II Región de Antofagasta.

DIA (Declaración de Impacto Ambiental). Municipalidad de Lanco: Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli.

DS N° 07/2008 de 1 de febrero de 2008 de Mideplan que designa Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas a don Rodrigo Egaña Baraona. *Diario Oficial*, 25 de abril de 2008.

DS N° 70/2008 de 9 de mayo de 2008 de Mideplan que crea el Consejo Ministerial para Asuntos Indígenas. *Diario Oficial*, 24 de junio de 2008.

DS N° 97/2009 de 26 de agosto de 2009 de Minsegpres que designa Ministro Coordinador en Materias Indígenas al Ministro Secretario General de la Presidencia José Antonio Viera-Gallo. *Diario Oficial,* 26 de septiembre de 2009

DS N° 124/2009 de 04 de septiembre de 2009 de Mideplan que Reglamenta el Artículo 34 de la Ley Nº 19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas. *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.

Economic and Social Council, Permanent Forum on Indigenous Issues. "A Draft Guide on the Relevant Principles Contained in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, International Labour Organisation Convention No. 169 and International Labour Organisation Convention No. 107 that Relate to Indigenous Land Tenure and Management Arrangements". New York, 2009.

EIA (Evaluación de Impacto Ambiental). Sociedad Chilena del Litio: Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama.

Gobierno de Chile. Memoria acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio. Período del 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010. 1 de septiembre de 2010.

Ley Indígena N° 19.253 que 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.

Ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. *Diario Oficial*, 26 de enero de 2010.

ONU. Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General. Sesión 61 del 13 de septiembre de 2007.

Presidencia de la República. Instructivo Presidencial N° 005 de 25 de junio de 2008. Instructivo Presidencial que Implementa Iniciativas de Re-Conocer Pacto Social por la Multiculturalidad.

Tribunal Constitucional. Sentencias Rol Nº 309 del 4 de agosto de 2000 y Rol Nº 1050/2008 de 3 de abril de 2008.

Libros y artículos en libros o en publicaciones periódicas

Anaya, James. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas". En Felipe Gómez Isa (director) y José Manuel Pureza, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI*. Bilbao: Centro de Estudos Sociais, Universidad de Deusto, 2004.

www.cepchile.cl

Furze, Brian. "Institution Building and Community Consultation". En B. Furze *et al., Culture, Conservation, and Biodiversity: The Social Dimension of Linking Local Level Development and Conservation through Protected Areas*. New York: John Wiley Editores, 1996.

Khor, Martin. *Intellectual Property, Biodiversity and Sustainable Development, Resolving the Difficult Issues*. New York: Zed Books, 2002.

Montt Oyarzún, Santiago y Manuel Matta Aylwin. "Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile". *Estudios Públicos* 121 (verano 2011).

OIT. Consejo de Administración. Convenio Nº 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ginebra, 7 junio de 1989.

———— *Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. Proyecto para Promover la Política de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Ginebra: OIT, 2003.

———— Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. *Una Guía sobre el Convenio N° 169*. Ginebra: OIT, 2009.

Rodríguez-Piñero Luis. "Cuando Proceda: Vigilancia y Aplicación de los Derechos de los Pueblos Indígenas según la Declaración". En Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen (editores), *El Desafío de la Declaración: Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Publicaciones IWGIA 2010.

Ulfstein, Geir. "Indigenous People's Rights to Land". *Max Planck Yearbook of United Nations* Nº 8 (2004).

World Bank Group, International Finance Corporation. "ILO Convention 169 and the Private Sector. Questions and Answers for IFC Clients". Marzo de 2007.

Yáñez, Nancy y Raúl Molina . *La Gran Minería y los Derechos Indígenas en el Norte de Chile.* Santiago: LOM Ediciones, 2008. □

www.cepchile.cl

UNA VISIÓN PANORÁMICA AL CONVENIO OIT 169 Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE*

Santiago Montt Oyarzún y Manuel Matta Aylwin

www.cepchile.cl

El presente trabajo entrega una visión panorámica de los fundamentos y consecuencias legales de la adopción por parte de Chile del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Dicho Convenio se estudia en el contexto de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional, entendido este último como un sistema de "gobernanza global". Asimismo, se examina el Convenio a la luz de lo que ha sido la legislación indígena a lo largo de la historia de nuestro país. El análisis se centra en los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de los artículos 6 y 7 y en los derechos sobre los recursos naturales contemplados en el artículo 15 del Convenio. De acuerdo a los

Santiago Montt. LLM y Doctor en Derecho, Yale University. MPP, Princeton University. Director del Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Manuel Matta. Abogado Universidad de Chile. LLM, University of California, Berkeley. Asociado del estudio Aylwin Abogados.

*Agradecemos la valiosa colaboración de nuestros ayudantes Jenny Silva Barría y Víctor Andrade Ramírez, ambos estudiantes de Derecho de la Universidad de Chile. Asimismo, agradecemos los comentarios de José Zalaquett, Lucas Sierra, Rodrigo Correa, José Aylwin, Luis Cordero, Matías Meza-Lopehandía y Ximena Insunza.

autores, el Convenio 169 no debe ser motivo de especial preocupación. Por el contrario, su adopción por Chile constituye una excelente oportunidad para redefinir la política pública en materia de relación con los pueblos indígenas, mejorando sus condiciones de vida y disminuyendo la conflictividad del Estado y los privados con dichos pueblos.

Palabras clave: Convenio 169; pueblos indígenas; Derecho internacional; gobernanza global; derecho a la participación; derecho a los recursos naturales; relación Derecho interno-Derecho internacional.

Recibido: mayo 2010. *Aceptado*: agosto 2010.

www.cepchile.cl

Introducción

Desde nuestros orígenes coloniales la cuestión indígena ha ocupado un lugar central y casi permanente en la agenda pública. Se trata de un conflicto social y étnico cuyas profundas raíces históricas muestran que está aquí para quedarse y que, en realidad, contrariamente a las apariencias, nunca dejó de estar con nosotros[1]. Su solución (o encausamiento) es, por lo mismo, uno de los grandes desafíos generacionales que nos corresponde enfrentar si queremos vivir en una sociedad justa, inclusiva y pacífica.

Este trabajo analiza el alcance legal de la entrada en vigencia en nuestro país del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) (en adelante, el Convenio 169)[2]. Las páginas que siguen presentan una visión panorámica de la implementación del Convenio 169, incluyendo su contexto, el Derecho internacional indígena. Esta visión

[1] Éste no sólo es el caso en Chile, sino en el mundo entero. Véanse Siegfried Wiessner, "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis", 1999, p. 126; y Thomas M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions,* 1995, pp. 140 y ss.

[2] El Convenio 169 entró en vigencia en nuestro país el 15 de septiembre de 2009 tras casi 18 años de tramitación en el Congreso (el tratado fue enviado al Congreso por el entonces Presidente Patricio Aylwin Azócar con fecha 21 de diciembre de 1990, Boletín 233-10). Fue ratificado el 15 de septiembre de 2008 y promulgado el 14 de octubre de 2008 (Decreto Supremo (RR. EE.) N° 236 de 2 de octubre de 2008, publicado en el *Diario Oficial* de 14 de octubre de 2008). Entró en vigencia, conforme a su artículo 38.3, "doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación".

panorámica —necesaria para un tratado de la naturaleza y características del Convenio 169— se desarrolla, no obstante, concretizada en el análisis de dos de los conjuntos de derechos más complejos y conflictivos que contiene el Convenio 169: los derechos a participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado —reconocido por los artículos 6 y 7— y el derecho a los recursos naturales —reconocido por el artículo 15.

Nuestra perspectiva es "neutral" en el sentido específico que no somos activistas o expertos ni tampoco detractores de los temas indígenas. Los coautores somos dos abogados y académicos y, en definitiva, dos chilenos interesados en analizar el alcance y significado del Convenio 169 y sus implicancias para el desarrollo de una buena política pública indígena. Esta perspectiva neutral —que corre el obvio pero asumido riesgo de no dejar contento a nadie— nos pone a distancia de al menos dos posiciones antagónicas que suelen primar en el debate público actual: una que ve en el actual conflicto mapuche un mero escenario político montado por sectores de la izquierda nacional e internacional para apalancar sus posiciones ideológicas, y otra que está dispuesta a aceptar en bloque el Derecho internacional indígena, conforme a su interpretación más extrema, como un conjunto de derechos humanos no disponibles para los órganos democráticos de nuestra República.

Como punto de partida, consideramos que existe una importante deuda histórica con los pueblos indígenas en general, y con el pueblo mapuche en particular, surgida esta última a raíz de la mal llamada "Pacificación de la Araucanía", proceso que en realidad no fue otra cosa que un despojo institucionalmente organizado[3]. Ahora bien, más allá de la deuda histórica y la obligación moral de reparación[4], tenemos

[3] Véase *infra* sección III.a.

[4] A modo de referencia, en Estados Unidos, el Senado federal acordó recientemente una resolución pidiendo disculpas formales a las tribus de ese país, por los años de políticas mal concebidas (*ill-conceived policies*) y por la violencia cometida por los ciudadanos norteamericanos en contra de los indígenas. Véase *New York Times*, 7 de octubre de 2009, http://www.nytimes.com/2009/10/08/us/politics/08brfs-ASYMBOLICAPO_BRF.html?_r=2 (última visita 29 de octubre de 2009). Véase Organización de Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007, disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html (última visita 31 de octubre de 2009) (en adelante, *Declaración ONU*), particularmente el sexto considerando, donde se afirma lo siguiente: "Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses".

la convicción que es nuestro deber como país desarrollar una sociedad multicultural e inclusiva.

Así lo exige, por lo demás, nuestra propia Constitución Política. Su artículo 1° señala que el Estado chileno "debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible", debiendo además promover la "integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Estos deberes primordiales son especialmente apremiantes cuando se trata de los sectores más desposeídos de nuestra población[5].

El presente artículo está dirigido no sólo a abogados sino también a un público más amplio. Buscamos presentar una visión general del Derecho internacional indígena, su incorporación en el Derecho nacional y las consecuencias que de ello se derivan. Nuestro objetivo último es contribuir a desarrollar una cultura nacional de respeto por los derechos humanos de los pueblos indígenas, en especial a la luz de la historia de despojo, abuso y dominación de que han sido víctimas a lo largo de nuestra vida pre-republicana y republicana.

El artículo procede de la siguiente manera. La primera sección analiza el Derecho internacional indígena y los compromisos asumidos por Chile al ratificar el Convenio 169. Esta sección presenta el Convenio 169 en el contexto más general de la "gobernanza global" que caracteriza a una parte considerable del Derecho internacional moderno.

La segunda sección se hace cargo de las preguntas legales de rigor en materia de implementación de normas internacionales: ¿es el Convenio 169 un tratado? ¿Es un tratado de derechos humanos y, por ende, comprendido bajo el estatuto especial del artículo 5º de nuestra Constitución? De ser ése el caso, ¿tiene un valor normativo superior a la ley? ¿Es autoejecutable o requiere ser reformulado como Derecho interno por nuestros órganos políticos?

www.cepchile.cl

[5] Véase Rodrigo A. Cerda, "Situación Socioeconómica Reciente de los Mapuches en la Región de la Araucanía", 2009. Según explica y documenta Cerda, los mapuches de la IX Región viven en la región más pobre del país y son significativamente más pobres que los no mapuches de esa misma región; en definitiva, "hay una alta prevalencia de situaciones de pobreza y bajos ingresos" entre los mapuches de la IX Región, p. 98. El problema, de hecho, es universal, y explica la preocupación internacional por el tema. Véase Alexandra Xanthaki, *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, 2007.

La tercera sección presenta una sinopsis de lo que ha sido la legislación indígena a lo largo de nuestra historia pre-republicana y republicana, con un énfasis especial en la normativa y políticas actuales sobre la materia. Dado que el Convenio 169 impone la obligación de adecuar el ordenamiento legal, esta sección describe someramente la Ley Indígena vigente, sus principios, instituciones y los mecanismos que contempla para la protección de los derechos indígenas.

La sección cuarta estudia los derechos de participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado establecidos en los artículos 6 y 7 del Convenio 169, y argumenta que es indispensable establecer mecanismos procesales que aseguren a los indígenas una participación efectiva. Enseguida, la sección quinta analiza los derechos sobre los recursos naturales establecidos en el artículo 15 del Convenio y afirma, entre otros aspectos generales, que resulta esencial definir los derechos indígenas con la mayor precisión posible y, al mismo tiempo, evitar esquemas de negociación bilateral de repartición de utilidades.

Las conclusiones llaman a tomar conciencia respecto a la importancia de implementar el Convenio 169 con seriedad y profundidad. Los derechos indígenas responden a la necesidad moral y legal de reparar el mal causado a lo largo de siglos de tratos inhumanos y vejatorios. La historia en Chile no tiene nada de excepcional comparada con la de otros países y, de hecho, parece ser un caso de laboratorio de los abusos y exclusiones sufridos por los pueblos indígenas. Los derechos indígenas han sido creados precisamente para casos como el nuestro y, en ausencia de una política pública interna robusta en su diseño y ejecución, nada justifica que nos creamos especiales y no implementemos apropiadamente las normas del Convenio 169.

I. ¿A QUÉ (Y POR QUÉ) SE OBLIGÓ CHILE AL RATIFICAR EL CONVENIO 169? TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNACIONAL COMO GOBERNANZA GLOBAL

Esta sección presenta una breve descripción del Derecho internacional indígena y del Convenio 169. También analiza el contenido de este último en el contexto del Derecho internacional como gobernanza global. Finalmente, se intenta responder aquí a una pregunta que se oye frecuentemente entre nuestro medio: ¿por qué (o para qué) adhirió Chile al Convenio 169?

www.ssoscl.cl

I.a. El Derecho internacional indígena y el Convenio 169

El Convenio 169 fue aprobado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989[6], y entró en vigencia en 1991 luego de transcurridos doce meses desde su ratificación por Noruega y México en 1990[7]. Hasta fines del 2010, 22 países lo han ratificado, incluyendo 14 naciones latinoamericanas[8].

El Convenio 169, junto con la reciente Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[9], constituye uno de los cuerpos legales fundamentales del Derecho internacional indígena. Mediante la creación de derechos colectivos, el Convenio busca mejorar las condiciones de vida de los 5.000 pueblos indígenas y tribales que existen en el mundo y que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas, repartidos por más de 70 países[10].

Desde un punto de vista de Derecho internacional, se trata de uno de los capítulos más recientes del Derecho internacional de los derechos humanos[11]. Como explica el profesor Reisman, los derechos indígenas se insertan dentro del sistema más amplio de protección de los derechos humanos:

www.cepchile.cl

[6] Es frecuente oír quejas respecto al rol de la OIT en temas indígenas. Más allá de consideraciones formales, la competencia de la OIT sobre asuntos indígenas es de larga data. Véanse Elina Meremiskaya, "El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y Experiencias Comparadas", 2010, y Observatorio Ciudadano, "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile, 2009" ("I. El derecho internacional de los derechos humanos y los Pueblos Indígenas").

[7] Véase artículo 38.2 del Convenio 169.

[8] Los países que han ratificado son los siguientes: Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Países Bajos (1998), Fiji (1998), Ecuador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2002), Dominica (2002), Brasil (2002), Nepal (2007), España (2007), Chile (2008), Nicaragua (2010) y República Centroafricana (2010). Véase http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm (última visita 25 de enero de 2011).

[9] Las resoluciones de Naciones Unidas tienen el valor de recomendaciones, sin perjuicio de que la costumbre pueda ir otorgándoles un carácter vinculante. Asimismo, las declaraciones son una especie dentro del género "resolución".

[10] Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, p. 9 (en adelante, OIT, *Guía Larga*).

[11] Véase S. James Anaya y Robert A. Williams, Jr., "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System", 2001, p. 33.

> El concepto "derechos indígenas" recientemente se ha llegado a entender, dentro del sistema más amplio de protección de los derechos humanos, como una nueva figura de reivindicaciones realizadas por los indígenas, para obtener la protección directa de la comunidad internacional y, en su caso, el reestablecimiento de los derechos de los que fueron privados en el pasado[12].

Este estatus de derechos humanos que ostentan los derechos indígenas es consecuencia directa de la deuda histórica que las distintas naciones tienen con sus pueblos indígenas[13]. Como explica Wiessner, prácticamente todos los pueblos indígenas comparten un conjunto común de problemas que se derivan de la tortuosa relación que ha existido entre conquistadores y conquistados:

> Primero, la tierra indígena libremente compartida, aunque no exclusivamente controlada, fue arrebatada. Segundo, la forma de vida del conquistador fue impuesta. Tercero, la autonomía política fue drásticamente restringida. Cuarto, los indígenas han sido frecuentemente relegados al estatus de la extrema pobreza, la enfermedad y la desesperanza[14].

El Derecho internacional indígena en general y el Convenio 169 en particular han venido entonces a llenar una brecha que había quedado abierta en los textos tradicionales de derechos humanos en relación con los pueblos indígenas[15]. La brecha se ha llenado por la vía de crear derechos humanos de carácter colectivo, que se les reconoce a los indígenas en tanto pueblos y sólo mediatamente en cuanto individuos[16]. Tales derechos colectivos protegen especialmente la identidad cultural y las formas de vida, con especial preocupación por los componentes espaciales y políticos de dicha identidad y formas de vida[17].

www.cepchile.cl

---

[12] W. Michael Reisman, "Protecting Indigenous Rights in International Adjudication", 1995, p. 350 (traducción de los autores).

[13] Véase *Declaración ONU*, n. 4, y Xanthaki, n. 5.

[14] Wiessner, n. 1, p. 98 (traducción de los autores).

[15] Véase James Anaya, *Indigenous People in International Law,* 1996, pp. 43 y ss.

[16] Véase Xanthaki, n. 5, pp. 113 y ss. Véase también Observatorio Ciudadano, n. 6, "II. Los Contenidos del Convenio 169 de la OIT / 2. Naturaleza jurídica de los derechos".

[17] Algunos académicos critican la necesidad lógica de tener derechos humanos colectivos en favor de los pueblos indígenas, dado que el contenido de esos derechos podría deducirse de los derechos fundamentales tradicionales (vida, libertad, propiedad, etc.). Por el contrario, y sin llegar a plantear aquí una teoría de los derechos humanos de

El Derecho internacional indígena comenzó a gestarse como manifestación de tres derechos humanos tradicionales: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en tanto minorías étnicas[18], el derecho a la propiedad privada[19] y, en definitiva, el derecho de libre determinación de los pueblos (*sin derecho a secesión*)[20]. El punto de partida puede situarse en 1990, año en que el Comité de Derechos Humanos[21] acogió por primera vez la reclamación de un pueblo indígena. En esa oportunidad, el organismo condenó a Canadá, declarando que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluía "el derecho de las personas, en comunidad con otras, a participar en aquellas actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la cual pertenecen"[22]. Casos posteriores del Comité, incluyendo una declaración general, han profundizado esta posición[23].

Por su parte, en el ámbito judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dado protección a los pueblos indígenas

segunda y tercera generación, nuestra visión es más bien política que lógica. En términos lógicos bastaría con proteger la dignidad humana, la igualdad y la libertad, pues todo lo demás podría deducirse de esos valores. Pero, desde un punto de vista político, una declaración tan escueta no basta. En efecto, nos vemos en la necesidad y urgencia de proteger una variedad más amplia y a la vez más específica de derechos humanos, pues ellos nos recuerdan los fracasos más serios de nuestro sistema político y social.

[18] Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm (última visita 31 de octubre de 2009).

[19] Artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

[20] Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm (última visita 31 de octubre de 2009) y artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[21] El Comité de Derechos Humanos (que no debe ser confundido con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, cuyo continuador hoy es el Consejo de Derechos Humanos de la ONU) es un organismo integrado por expertos independientes que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm (última visita 6 de noviembre de 2009).

[22] *Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication N° 167/1984 (26 March 1990), U.N. Doc. Supp. N° 40 (A/45/40) at 1, 1990, para. 32.2., disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session45/167-1984.htm (última visita, 23 de noviembre de 2009). Véase también Malcolm N. Shaw, *International Law,* 2003, p. 276.

[23] Véase ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N° 23: Los Derechos de las Minorías* (Art. 27) 1994, disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom23.htm (última visita, 23 de noviembre de 2009) (en adelante, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N° 23*). Otros casos relevantes del Comité son *Länsmann et al. vs. Finland* (Comunicación N° 511/1992), CCPR/C/52/D/511/1992, *Lansman et al. vs. Finland* (Communication N° 671/1995), CCPR/C/58/D/671/1995.

sobre la base de derechos humanos tradicionales. El fundamento legal ha sido el derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 21 del Pacto de San José. En el caso pionero en esta materia, *Awas Tingni*, un pueblo indígena, reclamaba en contra del gobierno de Nicaragua por haber otorgado una concesión para explotar bosques en territorio indígena. La Corte acogió la reclamación, ampliando el ámbito clásico del derecho de propiedad de manera de proteger la propiedad *colectiva* de los pueblos indígenas:

> Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe 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[24].

El reconocimiento expreso de los derechos indígenas en el ámbito internacional encuentra en el Convenio 169 un exponente destacado. Se trata del único tratado que reconoce derechos colectivos en favor de los pueblos indígenas y que se encuentra abierto para su ratificación. El principio de libre determinación es uno de sus pilares fundamentales y así lo afirma el preámbulo del tratado, al reconocer "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

[24] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), 149, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (última visita 29 de octubre de 2009). Véase también *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), 127-130 [en adelante, *Caso Yakye Axa*], *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, 116-144 [en adelante *Caso Sawhoyamaxa*, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 89-186 [en adelante, *Caso Saramaka*].

que viven"[25]. Este principio —el que, insistimos, no incluye el derecho a secesión[26]— se aprecia implícitamente también en el artículo 7.1 del tratado:

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

La superación de la postergación, discriminación y vejación sufridas por los pueblos indígenas constituye uno de los objetivos medulares del Convenio 169. Así, los artículos 2 y 3 exigen a los Estados desarrollar acciones coordinadas y sistemáticas[27], esto es, la adopción de una actitud proactiva dirigida a respetar los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la igualdad de derechos, la no-discriminación y la eliminación de diferencias socioeconómicas que existan entre los indígenas y los demás ciudadanos[28]. Del mismo modo, el artículo 7.2 exige priorizar el "mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados", y el artículo 12, que se establezcan acciones y procedimientos legales que permitan asegurar la protección efectiva de los derechos de los indígenas.

En cuanto a los valores colectivos —que constituyen la nota característica del Derecho internacional indígena—, el Convenio 169 se preocupa particularmente de la integridad social, cultural y económica,

www.cepchile.cl

[25] Convenio 169, Preámbulo, 5.

[26] En términos estrictos, el Convenio 169 —particularmente su artículo 1.3— no reconoce en forma expresa que los pueblos indígenas gozan del derecho a la libre determinación del artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, la Declaración de la ONU, que sí reconoce expresamente en sus artículos 3° y 4° el derecho a la libre determinación, niega en el artículo 46 que dicho derecho pueda entenderse "en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes".

[27] OIT, *Guía Larga,* n. 10, p. 29 y ss.

[28] Véase también el artículo 33 del Convenio 169.

así como de la preservación de las formas de vida propias de las comunidades indígenas. Entre otros, cabe destacar aquí su artículo 5:

> Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

El derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas en los artículos 6 y 7 se enmarca precisamente en el contexto de los valores colectivos. Estos derechos participativos constituyen los guardianes fundamentales de los derechos humanos indígenas materiales y aseguran además la incorporación al proceso político de minorías tradicionalmente postergadas y excluidas. Dada la importancia de estas normas para los efectos de este trabajo, nos permitimos citarlas en forma completa:

> Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

> Artículo 7.1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proce-

www.cepchile.cl

> so de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Aparte de la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, el Convenio regula también el "enlace" entre las culturas indígenas y la cultura dominante en cada país, exigiendo se tomen en serio las costumbres y derechos propios de los indígenas (artículos 8, 9 y 10). Esto incluye el derecho de los pueblos indígenas a castigar a sus miembros conforme a sus tradiciones penales y a ser castigados conforme a los derechos penales nacionales siempre que se tengan en cuenta las particularidades económicas, sociales y culturales que les son propias y evitando las penas de cárcel.

Otra dimensión del Convenio que resulta esencial para la preservación de la integridad y las formas de vida indígena es la relación de los pueblos con la tierra. El artículo 13.1 exige a los gobiernos "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios", debiendo además, conforme al artículo 14, "reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan" y salvaguardarse su derecho a utilizar las tie-

www.cepchile.cl

rras a las que "hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia".

Enseguida, dentro del acápite "tierras", el artículo 15 define otro de los preceptos cuya implementación estudiaremos en detalle más adelante, esto es, el derecho sobre los recursos naturales propios (artículo 15.1) y los recursos naturales de propiedad del Estado (artículo 15.2):

> 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades[29].

Otros derechos vinculados a la relación con la tierra son el derecho de los pueblos a no ser trasladados de las tierras que ocupan (artículo 16), el respeto a las modalidades de transmisión de la tierra conforme al Derecho indígena (artículo 17), el establecimiento de sanciones a las interferencias de terceros contra la propiedad indígena (artículo 18) y una denominada "equivalencia" de condiciones ante ciertos programas agrarios nacionales a fin de que puedan desarrollar sus tierras e incluso adquirir tierras adicionales en la medida en que sean necesarias para su subsistencia (artículo 19).

Por otra parte, el Convenio 169 también establece normas favorables a los indígenas en materia laboral (artículo 20), formación profesional, artesanía e industrias rurales (artículos 21 a 23), seguridad social y salud (artículos 24 y 25) y educación y medios de comunicación (artículos 26 a 31). Todos estos derechos, que escapan al ámbito de este

[29] Conforme al artículo 13.2, "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".

trabajo, exigen en definitiva de parte de los gobiernos el diseño e implementación de políticas públicas inclusivas, pluralistas y multiculturales, destinadas a asegurar a los pueblos indígenas y sus miembros su más pleno desarrollo material y espiritual posible.

I.b. El Convenio 169 y el Derecho internacional como gobernanza global[30]

Descrito el Convenio 169 en sus elementos esenciales, podemos explicar ahora cómo los aspectos más complejos del mismo no radican en su texto sino fuera de él. Esto se debe al profundo cambio que ha vivido el Derecho internacional post Guerra Fría. Una parte considerable del Derecho internacional tiene hoy en día una pretensión de "gobernanza global" que lo distingue del antiguo Derecho de tratados o consuetudinario del pasado.

Una de las características más notables de esta nueva era de Derecho global es la expansión de diversos mecanismos supranacionales de gobernanza[31]. El grado de interdependencia que exhibe nuestro mundo global demanda el establecimiento de tales mecanismos[32]. Ahora bien, estos sistemas de cooperación y coordinación exigen que los Estados deleguen soberanía en favor de las instituciones supranacionales que los conforman[33].

Si bien los tratados internacionales siguen estableciendo los parámetros bajo los cuales los Estados se obligan en el plano internacional, es muy frecuente que los gobiernos otorguen su consentimiento a textos

www.cepchile.cl

[30] Para un desarrollo más extenso sobre la idea del Derecho internacional como gobernanza global, véase Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation,* 2009, pp. 125-161.

[31] Véanse Laurence R. Helfer & Graeme B. Dinwoodie, "Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", 2001, pp. 144-145; Daniel C. Esty, "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law", 2006, p. 1495; y David Held, "The Transformation of Political Community: Rethinking Democracy in the Context of Globalization", 1999, p. 84.

[32] Véanse Eric Stein, "International Integration and Democracy: No Love at First Sight", 2001, pp. 498-490; Laurence R. Helfer, "Constitutional Analogies in the International Legal System", 2003, pp. 194-195, y Esty, n. 31, p. 1493.

[33] Véase Thomas Cottier & Maya Hertig, "The Prospects of 21st Century Constitutionalism", 2003, p. 302. Véanse también José E. Alvarez, *International Organizations as Law Makers,* 2005, pp. 401 y ss.; Thomas Franck (ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty,* 2000, y Esty, n. 31, p. 1518.

que son abiertos o ambiguos, lo que genera una delegación de poderes implícita hacia los órganos de administración o de solución de controversias establecidos en dichos instrumentos. Como explica certeramente Kumm:

> Los tratados, actualmente, aunque aún vinculantes únicamente para aquellos que los ratifican, cada vez delegan mayores poderes a órganos creados por dichos tratados con carácter cuasi-legislativos o cuasi-judiciales. Dentro de las materias circunscritas sobre las que tienen jurisdicción, estos órganos se encuentran autorizados bajo el tratado para desarrollar y determinar el contenido específico de las obligaciones a las cuales los Estados se encuentran sometidos. Esto significa que, aunque los Estados han consentido al tratado como un marco para el tratamiento de una específica variedad de materias, una vez que ellos han sido firmados, los derechos y obligaciones específicos son determinados sin su consentimiento por los órganos del tratado[34].

Como consecuencia del poder y fuerza de este Derecho internacional post Guerra Fría, la antigua pretensión monopolística del Estado sobre el Derecho interno ha llegado a su fin[35]. La globalización, en cuanto proceso, "quita a los Estados individuales la capacidad de control del día a día de las actividades que ocurren en su territorio. Con la globalización, un país ya no es más 'una isla en sí misma'"[36]. Piénsese, por ejemplo, por una parte, en los arbitrajes de inversiones conforme a tratados de protección de inversiones o en el mecanismo de solución de controversias de la OMC, o, por otra parte, en la solución de controversias criminales ante la Corte Penal Internacional.

En todos estos casos el diagnóstico es similar y trasciende a las sensibilidades políticas de izquierdas o derechas: la erosión de la soberanía y, como explican Cottier y Hertig, el hecho que nuestra Constitución nacional es ahora un cuerpo de naturaleza "parcial":

---

[34] Mattias Kumm, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework", 2004, pp. 910-911 (traducción de los autores).

[35] Véase Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, 2004, p. 262. Véase también Edward T. Hayes, "Changing Notion of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: A Reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and Local Governments within their Territories", 2004, p. 8.

[36] Trevor C. Hartley, *European Union Law in a Global Context*, 2004, p. *xv*. Entre nosotros, véase Hernán Salinas Burgos, "Los Tratados Internacionales ante la Reforma Constitucional", 2007, p. 492.

> La constitución no puede por sí misma seguir pretendiendo contener un marco regulatorio que abarque al Estado en su totalidad. Conceptualmente, debido a la "externalización de funciones constitucionales", la Constitución hoy y en el futuro debe ser considerada una "constitución parcial", la que es completada por otros niveles de governanza[37].

Ahora bien, ¿por qué es esto relevante para efectos del análisis del Convenio 169? Porque, como adelantamos, el Derecho internacional indígena comparte esta pretensión de gobernanza global propia del Derecho internacional moderno. En términos de Kumm, los Estados terminan sujetos a obligaciones en materia de protección indígena que van más allá de aquellas a las cuales prestaron su consentimiento.

Esta afirmación no es difícil de demostrar. La generalidad de los tratados de derechos humanos —incluyendo el artículo 21 del Pacto de San José y la mayoría de las normas del Convenio 169— se caracterizan por estar redactados en un lenguaje abierto, cuyo potencial expansivo permite la articulación de esquemas de gobernanza global[38]. Precisamente en un caso relativo a protección de tierras indígenas, la CIDH ha señalado que los "tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales"[39].

Este potencial expansivo puede verse en práctica tanto en los países que no han ratificado el Convenio 169 como en los que sí lo han hecho. En cuanto a los primeros, en el caso *Saramaka*, la CIDH interpretó el artículo 21 del Pacto de San José a la luz del Convenio 169, no

www.cepchile.cl

---

[37] Cottier & Hertig, n. 33, pp. 303-304 (traducción de los autores).

[38] Como explica Stephen Gardbaum, "Human Rights and International Constitutionalism", 2009, p. 249, "el crecimiento del sistema de derechos humanos es una parte crítica para aquellos que argumentan que han ocurrido alteraciones fundamentales en el Derecho internacional que justifican un cambio general de paradigmas, desde una concepción de soberanía igualitaria a una más vertical o constitucionalista (…) la transformación de los sujetos básicos de Derecho internacional representa un cambio del modelo de Derecho privado del Derecho internacional, entendido exclusivamente como regulación de relaciones entre soberanías igualitarias, a un modelo de derecho público que comprende también regulación vertical de relaciones entre Estados e individuos: en otras palabras, un cambio desde funciones contractuales a funciones constitucionales" (traducción de los autores).

[39] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, n. 24, considerando 146.

obstante que Surinam no lo había ratificado[40]. En cuanto a los segundos, el Convenio 169, dada su condición de tratado internacional, debe ser interpretado de conformidad con el Derecho internacional indígena y de los derechos humanos, incluyendo, según algunos, los textos aprobados con *posterioridad* al mismo. Esto por cuanto los tratados se interpretan conforme a "la regla general" establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena[41], particularmente la regla 3(c), que exige tomar en cuenta "toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

Lo anterior nos lleva a uno de los aspectos más complejos de este Derecho con pretensiones de gobernanza global: la relación entre el Convenio 169 y la Declaración de la ONU de 2007 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto va claramente más allá que el del primero[42]. Si bien algunos niegan que la Declaración pueda afectar el alcance del Convenio 169, la perspectiva más indigenista afirma sin rodeos que "[e]l Convenio núm. 169 y la Declaración de las Naciones Unidas son compatibles y se refuerzan mutuamente"[43].

En términos estrictos, las declaraciones de la ONU no son una fuente formal de Derecho internacional (sin perjuicio de su consideración como Derecho internacional consuetudinario)[44]. Pero, de todos modos, para quienes las suscriben, la fuerza de dichas declaraciones resulta difícil o imposible de esquivar. Y, ciertamente, Chile suscribió la Declaración ONU. Para todos los efectos prácticos, no cabe duda que dicha Declaración, así como toda norma que pueda dictarse o suscribirse a futuro, va a "jalar hacia arriba" el Convenio 169 en lo que respecta a su aplicación en los foros internacionales e, indirectamente, en los nacionales.

www.cepchile.cl

[40] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, n. 24. Ver especialmente pp. 130-131.

[41] Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, suscrita en Viena, 23 de mayo de 1969, en vigencia desde 27 de enero de 1980, 1155 UNTS 331 (en adelante, Convención de Viena).

[42] Existe además un borrador de *Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en http://www.cidh.org/Indigenas/ProyectoDeclaracion.htm (última visita, 6 de noviembre de 2009).

[43] OIT, *Guía Larga,* n. 10, p. 5.

[44] Véase James Anaya y Siegfried Wiessner, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment*, 2007.

I.c. ¿Por qué Chile ratificó el Convenio 169? ¿Por qué no seguimos el ejemplo de Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia, que no lo hicieron?

Por qué los países adhieren a los distintos mecanismos de gobernanza internacional es una pregunta obligada para quienes estudian estos sistemas. Desde un punto de vista político, lo usual es que "izquierdas" reclamen contra regímenes de "derecha" y que "derechas" lo hagan contra regímenes de "izquierda". Lo notable es que ambos bandos utilizan argumentos similares tales como la soberanía nacional, la falta de legitimidad del Derecho internacional, el principio de subsidiariedad y la autodeterminación democrática, entre otros[45].

¿Por qué Chile terminó por ratificar el Convenio 169 luego de transcurridos casi 20 años desde la celebración del mismo? Esta pregunta, que se repite frecuentemente entre nosotros, toma más realce ante el hecho de que a lo menos cuatro países que tienen importantes poblaciones indígenas —Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia— no han suscrito ni el Convenio 169 ni la Declaración de la ONU (aunque Australia sí terminó por dar su apoyo a la Declaración el 3 de abril de 2009[46]).

Los mecanismos o sistemas de gobernanza global son de muy distinto tipo y operan sobre realidades muy variadas, lo que hace muy difícil plantear afirmaciones o teorías que sean válidas en todos los contextos[47]. Hay algunos que mantienen una visión optimista que justifica estos mecanismos en la idea de un *check-and-balance* adicional a los ya existentes a nivel doméstico[48]. Así, los mecanismos de gobernanza internacional permitirían romper el *status quo* defendido por los grupos de interés que tienen capturado el proceso político doméstico[49].

www.cepchile.cl

---

[45] Véase Stein, n. 32, p. 489.

[46] Véase http://www.hreoc.gov.au/about/media/media_releases/2009/21_09.html (última visita, 7 de noviembre de 2009).

[47] Véase Neil Walker, "Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders", 2008, p. 379.

[48] Véase Kumm, n. 34, p. 919. Véase también, Gardbaum, n. 38, p. 254.

[49] Por ejemplo, para el caso europeo, véase Karl-Heinz Ladeur, "Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?", 2004, pp. 117-118. Para el caso de la OMC, véase John O. McGinnis y Mark L. Movsesian, "The World Trade Constitution", 2000.

Esta visión optimista permite explicar por qué los países llamados *overcompliants*, como Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia, no aprobaron el Convenio 169, y países como Chile, sí. Son precisamente los que tienen un sistema doméstico más desarrollado y favorable para los indígenas quienes menos necesidad tienen de un *check-and-balance* adicional. Cuando el sistema político interno ha sido sensible y receptivo a las necesidades y requerimientos de las minorías indígenas, tales minorías no tienen la necesidad de apalancarse desde el sistema internacional para desestructurar los equilibrios internos.

Por el contrario, países como Chile, que cuentan con una política pública indígena doméstica más bien precaria y errática, son precisamente los destinos naturales de este mecanismo de gobernanza global que busca cambiar el estado de cosas interno[50]. Por eso, la pregunta de por qué Chile aprobó el Convenio 169 se responde, a nuestro juicio, precisamente apelando a la incapacidad que hemos tenido de idear y mantener una política indígena consistente a través del tiempo y que responda a las necesidades y características de nuestros pueblos originarios.

Ahora bien, el no ser capaces de hacer las cosas en forma autónoma tiene asociado un costo. En los sistemas de gobernanza global aquellas personas que Martin Shapiro llama "expertos y entusiastas"[51] tienen un peso específico muy alto. Y, tal como explica este mismo autor, "Mientras el vehículo a la participación en los asuntos públicos está dado por el conocimiento y/o la pasión, tanto el conocimiento como la pasión generan perspectivas que no son aquellas que tenemos el resto de nosotros. Muy pocos de nosotros realmente disfrutaría vivir en una casa diseñada por Frank Lloyd Wright"[52].

Tratándose del Derecho internacional indígena, los pueblos indígenas y los expertos y entusiastas[53] han estado sobrerrepresentados en la formulación de las políticas públicas globales. Tanto así que, según

[50] Organización Internacional del Trabajo, *Guía para la Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT*, disponible en http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm (última visita 28 de octubre de 2009) ("[E]ste convenio ha tenido una influencia significativa en la definición de políticas y programas nacionales") (en adelante, OIT, *Guía Corta*).

[51] Martin Shapiro, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance", 2001, p. 376.

[52] Ibíd., p. 374 (traducción de los autores).

[53] Véase Benedict Kingsbury, "'Indigenous Peoples' in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy", 1998, p. 414.

algunos, el desarrollo de varios de los productos normativos de este sistema —particularmente la Declaración ONU— ni siquiera ha estado bajo el control de los Estados, con la consiguiente falta de legitimidad democrática[54].

En todo caso y para cerrar este punto, no podemos pasar por alto que vivimos en un mundo globalizado y que muchas políticas públicas se desarrollan hoy en día a través de mecanismos de gobernanza global[55]. No es inusual que un país pequeño como Chile no pueda mantenerse al margen de estos sistemas de gobernanza internacional[56]. Si a ello sumamos que internamente nuestra política indígena ha sido deficiente, no podemos objetar seriamente la decisión de nuestro gobierno de ratificar el Convenio 169. Bienvenidos al mundo contemporáneo del Derecho internacional como gobernanza global.

II. JERARQUÍA NORMATIVA Y EJECUTABILIDAD DEL CONVENIO 169 ANTE EL DERECHO CHILENO

La jerarquía normativa del Derecho internacional en el orden interno no es un punto de Derecho internacional sino de Derecho interno[57]. Por ello, para determinar el estatus del Convenio 169 es necesario partir por aclarar si Chile es, en principio, un país "monista" o "dualis-

[54] Véase Robert McCorquodale, "The Individual and the International Legal System", 2003, p. 317, quien comentando acerca de la Declaración de la ONU, afirma que "su importancia radica en el hecho de que el proceso de creación y desarrollo de este borrador [a la época del artículo aún era un proyecto] ha estado mayormente fuera del solo control de los Estados" (traducción de los autores).

[55] Véase Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart, "The Emergence of Administrative Law", 2005, p.15.

[56] Como explica Walker, n. 47, p. 380, "los Estados consideran en forma cada vez más recurrente que su sujeción [en áreas tales como derechos humanos transnacionales, entre otras], y la de otros Estados, a ciertos sistemas de normas fundamentales, así como también la capacidad de sus propios ciudadanos de confiar en dichas normas, forma parte integrante de su autodeclarada condición de miembros (en su carácter de Estados) de la 'comunidad internacional' y, por tanto, se trataría de una sujeción que es independiente del consentimiento específico a la norma respectiva" (traducción de los autores).

[57] Quienes creen encontrar respuesta a esta cuestión en el Derecho internacional, como por ejemplo en la Convención de Viena, están metodológica y políticamente equivocados. En cuanto manifestación clásica del Derecho internacional, la Convención de Viena rige las relaciones internacionales entre los Estados, no la aplicación del Derecho internacional en el plano interno. El Derecho internacional no exige a los países ser monistas, sino que reconoce que dicha decisión es soberana de cada Estado.

www.cepchile.cl

ta". Luego se debe analizar si el Convenio 169 es o no una norma relativa a derechos humanos. Aclarados los dos puntos anteriores se puede entonces dar respuesta a la pregunta sobre la jerarquía normativa y ejecutabilidad del citado Convenio en el ordenamiento chileno.

II.a. Dualismo vs. *monismo*[58]

Desde una perspectiva comparada, la aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno se explica por las tradicionales teorías *dualistas* o *monistas*[59]. Las teorías *dualistas* defienden la idea de dos órdenes diferentes: uno, el del Derecho internacional, que trata la relación entre los Estados, y otro, el del Derecho interno, que trata las relaciones entre privados y entre privados y el Estado. Ambos Derechos constituyen dos planos que no se tocan, y que carecen, respectivamente, del poder de alterar o modificar las reglas del otro[60]. La aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno, cuando procede, es simplemente el resultado de un llamado de este último en tal sentido, tal como ocurre con el Derecho extranjero.

Por el contrario, las teorías *monistas* postulan la unidad del Derecho internacional y nacional. En el límite, los monistas radicales, como Kelsen, afirman que la norma primaria de la pirámide normativa está en el Derecho internacional y que desde ella recibe su valor y validez el Derecho interno. Como consecuencia, las normas de Derecho internacional tienen un estatus superior al Derecho interno y en caso de conflicto, prevalecen.

La discusión entre estas antiguas escuelas tiene un contenido político que corresponde a las ideologías prevalecientes durante los siglos XIX y XX. En el caso de las teorías dualistas, sus proponentes tra-

[58] Esta sección y la siguiente están basadas, aunque con actualizaciones importantes, en un trabajo previo de uno de nosotros. Véase Santiago Montt Oyarzún, "Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos. Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en un Mundo Crecientemente Globalizado", 2005.

[59] De acuerdo a Armin von Bogdandy, "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law", 2008, p. 397, "La relación entre normas de derecho internacional y de derecho interno es aún entendida bajo conceptos desarrollados cien años atrás: monismo y dualismo" (traducción de los autores).

[60] Véase Montt Oyarzún, n. 58, p. 32.

taban de defender y consolidar la soberanía de los nuevos Estados por sobre el idealismo internacionalista que normalmente acogían, al menos implícitamente, las visiones de los países europeos. Así, los Estados latinoamericanos fueron dualistas en el siglo XIX a objeto de defenderse de los "estándares mínimos internacionales" y de la protección diplomática (la llamada *gunboat diplomacy*). Después, durante el siglo XX, fueron dualistas los Estados marxistas, pues de esta forma evitaban recibir la influencia liberal por la vía del Derecho internacional[61].

En la actualidad nadie postula un dualismo o monismo radical. Los tribunales domésticos aplican frecuentemente el Derecho internacional —especialmente en Estados Unidos y en Europa— y, por lo mismo, no puede razonablemente negarse la concurrencia efectiva de ambos sistemas normativos. No es sorpresa que, crecientemente, los publicistas eviten entrar en la discusión teórica entre monismo y dualismo[62]. Nadie pretende plantear teorías omnicomprensivas de carácter abstracto y dogmático.

Con todo, como dice Von Bogdandy, "el monismo es, básicamente, una noción moribunda que debe ser eliminada"[63]. Por el contrario, aunque el dualismo es también en sus extremos una doctrina insatisfactoria, al menos determina la manera valorativa correcta de abordar el problema: si bien no existe una separación estricta entre los distintos órdenes, los Estados sí deben poder inaplicar el Derecho internacional en el orden interno. Dicha doctrina explica además mejor la realidad comparada, pues casi todos los Estados inaplican el Derecho internacional cuando así lo determinan necesario[64].

Ahora bien, la pretensión de gobernanza global del Derecho internacional moderno más la facultad de los Estados de inaplicar dicho Derecho nos lleva a compartir el esquema conceptual y valorativo propuesto por Von Bogdandy. Según este último, la relación entre los Derechos internacional e interno debe analizarse de acuerdo con la idea de "acoplamiento" (*coupling*). Dicho acoplamiento puede ser más "apreta-

[61] Véase Karl Joseph Partsch, "International Law and Municipal Law", 1992-2003, p. 1187.

[62] Véase Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2003, p. 33.

[63] Von Bogdandy, n. 59, p. 397.

[64] Esta facultad refleja ciertamente una actitud de confianza relativa (o desconfianza relativa) hacia el Derecho internacional, especialmente en áreas o materias donde existen negociaciones bilaterales o multilaterales permanentes, como en el comercio internacional.

do" o más "suelto"[65], lo que depende de la "mediación" que hagan de las normas internacionales tanto los órganos domésticos políticos como los judiciales y administrativos[66].

La "mediación" a que se refiere Von Bogdandy es particularmente sensible a dos doctrinas: efecto directo (o, en jerga norteamericana, autoejecutabilidad) e interpretación conforme al Derecho internacional[67]. Entre ambas, la primera es la más importante para determinar el nivel de acoplamiento existente: mientras más intenso sea el reconocimiento del efecto directo de una norma internacional, mayor será el acoplamiento y, más importante aún, mayor será el efecto constitucionalizante que tendrá el Derecho internacional sobre el Derecho interno.

Ahora bien, según Von Bogdandy, en el mundo actual el acoplamiento no debe ser automático ni *de iure* como postulaban los monistas. Esto, porque no queremos reconocerle siempre y en toda ocasión efectos constitucionalizantes al Derecho internacional. Son los propios Estados los que deben controlar y determinar dichos efectos, y ello debe depender de la legitimidad de las normas internacionales de que se trate y de la posición que quiera darse al orden interno en el plano global:

> Consideraciones de legitimidad dan sustento a la posición de que el efecto directo y la interpretación conforme son materias que deben ser decididas en base al Derecho constitucional interno. El posicionamiento del orden legal interno dentro de un mundo más amplio necesariamente afecta a materias fundamentales como son la democracia, la libre determinación y el propio entendimiento de la ciudadanía. Por esta razón, el posicionamiento debe ocurrir sobre la base de aquellas normas que gozan de la más alta legitimidad para ese grupo, esto es —a lo menos en la mayor parte de las democracias liberales—, las normas establecidas por la Constitución interna. Ésta es, al menos respecto de las democracias liberales, la solución más consistente con el constitucionalismo como teoría normativa[68].

En definitiva, la posición de Von Bogdandy nos recuerda que no debemos adoptar una posición *naïve* respecto al Derecho internacional. El efecto directo y el correspondiente efecto constitucionalizante sólo

[65] Von Bogdandy, n. 59, p. 400.
[66] Ibíd. p. 401.
[67] Ibíd. p. 402.
[68] Ibíd. p. 403 (traducción de los autores).

deben otorgarse a las normas que merezcan dichas prerrogativas, pero no a las demás. Corresponde entonces ahora analizar la relación entre Derecho internacional y nacional teniendo en cuenta la relevancia e impacto jurídico-político de los conceptos de acoplamiento, mediación y efecto directo o autoaplicabilidad.

II.b. El Derecho internacional ante el Derecho chileno

En contraste con la situación de otros países, el silencio de nuestra Constitución respecto al valor y jerarquía del Derecho internacional es llamativo. El resultado de este vacío es que toda la construcción teórica de la recepción del Derecho internacional es obra doctrinaria y jurisprudencial.

En términos generales, nuestros autores aceptan la incorporación del Derecho internacional en el Derecho interno. Primero, en relación al Derecho internacional *consuetudinario*, los publicistas han reconocido tradicionalmente su recepción en el Derecho nacional[69]. Como afirma Santiago Benadava, "en Chile el Gobierno, los tribunales y los autores han reconocido que el derecho internacional general forma parte del derecho chileno"[70]. Sin embargo, se afirma también que esta recepción cuenta con una gran limitación: "en el caso de conflicto inevitable entre la norma de derecho internacional consuetudinario y una ley interna, la ley interna prevalece (en el plano interno) sobre la norma de derecho internacional. En este caso, el juez debe aplicar la ley interna aun si la juzga contraria al derecho internacional general o consuetudinario"[71].

Segundo, en lo que respecta a los tratados internacionales, la situación es más complicada. Partiendo por los aspectos formales, tal como lo ha señalado desde hace tiempo la Corte Suprema, la validez interna de los tratados requiere de la promulgación de los mismos mediante decreto supremo del Presidente de la República y su posterior

[69] De acuerdo con Francisco Orrego Vicuña y Francisco Orrego Bauzá, "National Treaty Law and Practice: Chile", 1999, p. 46. Véanse también, Eugenio Alberto Gaete González, "Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos", 1996, p. 265; Santiago Benadava, "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", 1992, pp. 10-26, y Santiago Benadava, *Derecho Internacional Público,* 1989, p. 73.

[70] Benadava, n. 69 (*Derecho internacional...*), p. 71.

[71] Ibíd. p. 73.

www.cepchile.cl

publicación en el *Diario Oficial*[72]. La misma opinión manifiesta Santiago Benadava al decir que "los tratados destinados a ser aplicados en el plano interno requieren de un acto formal de recepción o incorporación. El tratado no es 'conocido' por los jueces nacionales a menos que haya sido puesto en su conocimiento en la forma prescrita por el derecho interno"[73].

Esta postura frente a los tratados proviene originalmente de su asimilación normativa a la ley y de la aplicación por analogía de las normas de promulgación y publicación establecidas en la Constitución y el Código Civil[74]. En todo caso, como previene el Tribunal Constitucional en su sentencia de 24 de junio de 1999, la eventual distinta naturaleza normativa de los tratados y las leyes internas[75], e incluso más, la distinta entrada en vigencia de los tratados en el plano internacional y en el Derecho interno, no constituyen obstáculos para que éstos deban ser promulgados y publicados a fin de que se incorporen al Derecho interno:

> La promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental[76].

Más allá de los aspectos formales, y tal como bien advirtiera Benadava en la primera edición de su *Manual* en 1977, en Chile, por

---

[72] *Gaceta de los Tribunales*, 1921, primer semestre, p. 22. Véase también Orrego y Orrego, n. 69, p. 44. Dado su trasfondo político, es interesante señalar cómo en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile en 1976 y vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976, la Corte Suprema afirmó sistemáticamente durante la década de los 1980 que por no estar promulgado ni publicado, no formaba parte del ordenamiento. Véase María Teresa Infante Caffi, "Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: El Efecto de la Reforma Constitucional de 1989 Visto por la Jurisprudencia", 1996, p. 281.

[73] Benadava, n. 69 (*Derecho Internacional*...), p. 71.

[74] Véase Orrego y Orrego, n. 69, p. 45.

[75] En la Sentencia de fecha 24 de junio de 1999, Rol 288, *Requerimiento en contra del Acuerdo entre la República de Chile y la República de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet*, el Tribunal afirmó, en el considerando 6°, "que, cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes".

[76] Considerando 7° del la sentencia citada en la nota anterior. Véanse también considerandos 8° a 11°. Actualmente, el artículo 54 Nº 1 inciso 1º de la Constitución, post reforma del 2005, señala que la aprobación de un tratado "se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley", y el inciso 9º exige que se le dé "debida publicidad" a hechos que digan relación, entre otros casos, con su entrada en vigor.

www.cechile.cl

regla general, la incorporación efectiva de los tratados depende de un requisito adicional: el tratado debe ser *self-executing* o autoaplicable —o de efecto directo—, lo que se cumpliría cuando sus "disposiciones son completas y detalladas"[77]. Por el contrario, si el tratado es *non-self-executing* es necesario que "se dicten normas legislativas para su aplicación interna"[78].

Esta clasificación de los tratados en *self-executing* o autoejecutables y *non-self-executing* o no autoejecutables proviene del Derecho norteamericano[79]. De hecho, fue desde los Estados Unidos desde donde se propagó hacia los demás países del mundo, incluyendo Europa y Latinoamérica[80]. En Chile, esta clasificación ha sido tomada por la jurisprudencia hace relativamente poco tiempo. En efecto, la Corte Suprema parece haber empezado a utilizar el concepto de autoejecutabilidad, al menos implícitamente, antes que el Tribunal Constitucional. Las primeras referencias a la no autoejecutabilidad parecen encontrarse en fallos de la década de los ochenta[81].

[77] Santiago Benadava, *Manual de Derecho Internacional Público*, 1976, p. 89. Véase también Benadava, n. 69 (*Derecho Internacional*...), p. 72.

[78] Benadava, n. 69 (*Derecho Internacional*...), p. 72, agrega que "por ejemplo, un tratado en que las partes se obligan a prevenir y a castigar ciertos delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, requerirá además de una ley en que se definan estos delitos, se establezcan las penas, se extienda la jurisdicción de los tribunales nacionales, etc.", pp. 72-73.

[79] Véase Yuji Iwasawa, "The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis", 1986, pp. 635 y ss. En el mismo sentido, Albert Bleckman, "Self-Executing Treaty Provisions", 1992-2003, p. 374. Esta doctrina aparece por primera vez en un famoso pasaje del juez en el caso *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253, p. 314: "Nuestra Constitución declara los tratados como ley del país (*Law of the Land*). En consecuencia deben ser considerados por las cortes como equivalentes a un acto de la Legislatura, siempre que operen por sí mismos, sin la ayuda de ninguna norma legislativa. Pero cuando los términos de la estipulación importan un contrato —cuando cualquiera de las partes se encuentra obligada a realizar un determinado acto—, el tratado se dirige a los órganos políticos, no a los judiciales; y la Legislatura debe ejecutar el contrato antes de que llegue a ser una regla para las cortes" (traducción de los autores).

[80] Véase Iwasawa, n. 79, p. 628.

[81] En al menos tres casos la Corte Suprema ha rechazado la aplicación de un tratado por no considerarlo parte del ordenamiento jurídico al no estar implementado en el orden interno: a) caso Leopoldo Ortega Rodríguez, *Fallos del Mes* N° 311, octubre 1984, pp. 588 y ss., respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) caso *Benedicto Enrique Figueroa Puentes*, *Fallos del Mes* N° 310, septiembre de 1984, pp. 463 y ss., respecto al mismo tratado de la letra anterior; y, c) Recurso de inaplicabilidad presentado por Alfredo Insunza Bascuñán, de fecha 24 de agosto de 1990, citado en *Revista Chilena de Derecho*, Nº 23, 1996, p. 453, respecto a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

La exigencia de la autoejecutabilidad como requisito de incorporación parece haberse instalado en Chile en forma definitiva luego de su adopción por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir del año 2000. En efecto, la primera referencia *explícita* a esta clasificación aparece en la Sentencia Rol 309, de fecha 4 de agosto de 2000, que resolvió el requerimiento presentado en contra del Convenio 169[82]. En el considerando 48° de esta sentencia, el Tribunal estableció las siguientes afirmaciones:

> Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non self executing".
> Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.
> Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.
> Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

[82] Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, Rol 309, *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de Junio de 1989* [en adelante, *Sentencia Rol 309*].

> Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe —en esta instancia jurisdiccional— pronunciarse sobre su constitucionalidad.

De acuerdo a la posición del Tribunal, la calidad de *non-self-executing* o no-autoejecutable impide no sólo que un juez chileno aplique directamente una norma del tratado en un conflicto interno, sino además que la referida norma de Derecho internacional sea incorporada al Derecho interno. Nótese que esta situación es de tal entidad, que el Tribunal ni siquiera puede hacer control preventivo de la misma, debiendo esperar la respectiva implementación normativa por parte del Congreso[83]. Aunque esta autolimitación en el control preventivo ha sido matizada en un caso posterior[84], la distinción *self-executing* y *non-self-executing* ha sido llevada de este modo al extremo por nuestro Tribunal Constitucional[85].

Ahora bien, más allá del efecto extremo otorgado a la referida clasificación por la jurisprudencia de nuestros tribunales, el concepto mismo de autoejecutabilidad —esto es, cuándo una norma es o no es autoejecutable— no es en absoluto claro en nuestro Derecho. De una lectura atenta de los fallos antes citados puede notarse que los únicos criterios utilizados son el "carácter programático" de las normas con-

[83] A favor de este criterio del Tribunal, Carlos Carmona Santander, "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas", 2001, pp. 155-156. En contra, Teodoro Ribera Neumann, "El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", 2001, pp. 59-61.

[84] Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003, Rol 383, *Requerimiento contra el Acuerdo que Aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, considerando 4° (que afirma que el Tribunal puede igualmente declarar la inconstitucionalidad de las normas no autoaplicables).

[85] En Estados Unidos, la asimilación de la calidad de *non-self-executing* y la no incorporación del tratado al Derecho interno es materia muy discutida. Ahora bien, la corriente que afirma dicha asimilación es fuerte. Sobre este punto véase Iwasawa, n. 79, pp. 639-640 y 644, citando numerosa jurisprudencia y doctrina. Una de las facetas más complicadas que se derivan de esta asimilación es el poder interpretativo de un tratado *non-self-executing* respecto al ordenamiento interno. Véanse Jordan J. Paust, "Self-Executing Treaties", 1988, pp. 781-782, y más en general David Sloss, "The Domestication of International Human Rights", 1999. En Chile, en contra de esta asimilación, véase Infante Caffi, n. 72, p. 282, y Humberto Nogueira Alcalá, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno", 1996.

templadas en el tratado, si las normas "se bastan a sí mismas" y, por último, el hecho que el tratado llame a su implementación ulterior[86].

De esta forma, en Chile los criterios de autoejecutabilidad no resultan nada claros. El comentario crítico de Steinhardt es plenamente aplicable a nuestra jurisprudencia: "los tribunales no quieren decir nada consistente cuando declaran que un tratado es no autoejecutable"[87]. En todo caso, esto no es una sorpresa, dado el papel que juega el elemento político en la determinación de esta cuestión[88]. Y, por lo demás, esta forma de inaplicación de tratados por vía judicial no es una mala idea: el ordenamiento interno no queda entregado sin más a los negocios, buenos o malos, que puedan hacer los representantes del Estado en el plano internacional.

II.c. Conflicto entre el Derecho internacional y el Derecho interno. El caso especial de los derechos humanos

Pero ¿qué pasa si, aceptada la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno, se produce una situación de conflicto de normas? Esta pregunta esconde en realidad cuatro problemas que requieren tratamiento separado. Primero, la interpretación del Derecho interno conforme al Derecho internacional. Segundo, el conflicto específico entre normas del Derecho consuetudinario internacional y del Derecho interno. Tercero, el mismo conflicto pero entre tratados internacionales y el Derecho interno. Y cuarto, el caso especial de tratados de derechos humanos, incluyendo el conflicto entre aquéllos y la Constitución.

www.cepchile.cl

---

[86] En Estados Unidos, de conformidad con el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, §111, un acuerdo internacional no es *self-executing* si: a) el acuerdo manifiesta la intención de las partes en el sentido de que el mismo no se transforme efectivamente en Derecho interno sin la correspondiente implementación legislativa; b) si el Senado al dar su consentimiento al tratado, o el Congreso por una resolución, requieren normativa interna de implementación; c) si la implementación legislativa es requerida por la Constitución.

[87] Ralph G. Steinhardt, *International Civil Litigation: Cases and Materials on the Rise of International Law*, 2002, p. 244. Véase también, Iwasawa, n. 79, p. 631.

[88] Así lo defiende además Von Bogdandy, n. 59, p. 412: "La pregunta sobre el efecto directo no debe ser discutida sobre criterios de determinación ni tampoco considerada como una materia de carácter técnico. A lo menos desde una perspectiva constitucional, resulta preferible plantear una respuesta basada en la interacción de principios constitucionales tales como cooperación internacional, autodeterminación, subsidiariedad, certeza e igualdad jurídica".

En relación con la interpretación del Derecho interno conforme al Derecho internacional —que permite salvar conflictos aparentes— hay comentaristas nacionales que afirman esta tesis. Según Benadava, la base de esta doctrina se debe al hecho de que "no es dable presumir que la intención del legislador haya sido infringir las obligaciones internacionales de su Estado"[89]. En cuanto a jurisprudencia, hasta 1962, el mismo Benadava señalaba que no había declaraciones judiciales sobre esta materia[90] y en su trabajo de 1992 no menciona tampoco ningún pronunciamiento judicial[91]. Seguimos sin conocer ningún fallo en tal sentido.

En cuanto a los conflictos entre el Derecho internacional consuetudinario y el Derecho interno, la posición clásica ya citada sostiene que el primero ocupa una función supletoria respecto de la ley y que, por ende, está a merced de la voluntad del legislador[92]. En otras palabras, el Derecho internacional consuetudinario se aplica sólo si no existe conflicto con las normas legales domésticas[93]. Ahora bien, la jurisprudencia ha adoptado también esta tesis, pero se ha mostrado vacilante[94]. En el famoso pero excepcionalísimo caso *de los barcos daneses —Lauritzen con Fisco*[95]— la Corte Suprema se aventuró a afirmar que "aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos como se verá oportunamente"[96].

---

[89] Benadava, n. 69 ("Las Relaciones entre…) p. 13. La misma idea la reitera en su *Manual*, n. 77, p. 73: "El juez nacional debe tratar de evitar un conflicto entre la norma internacional y la norma interna dando a la norma interna una interpretación que la concilie con la norma internacional, ya que no es de presumir que el Legislador haya querido infringir el derecho internacional".

[90] Véase Benadava, n. 69 ("Las relaciones entre…) p. 13.

[91] Ibíd. pp. 26-27.

[92] Ibíd. pp. 2-20. Específicamente, en la página 14 afirma que "en el foro interno el tribunal debe aplicar la ley interna (su ley) aún si es contrario al derecho internacional".

[93] Véase Gaete, n. 69, p. 269.

[94] *Gaceta de los Tribunales*, 1949, segundo semestre, pp. 443-445; *Contra Eulogio Avilez Jara, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LVI, 2ª Parte, Sección 4ª, p. 64, 1959.

[95] *Lauritzen con Fisco*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LII, 2ª parte, Sección 1ª, p. 478 (1955).

[96] Ibíd., p. 485. Otra sentencia en el mismo sentido, *Contra Eulogio Avilez Jara*, n. 94. Asimismo, Manuel Ballesteros, *La lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, 1890, p. 571, afirma en este clásico trabajo que: "I con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo de aplicación preferente en las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él".

www.cepchile.cl

Por su parte, el problema de los conflictos entre ley y tratado[97] también es motivo de gran controversia tanto entre nuestros comentaristas como en nuestra jurisprudencia[98]. A veces se oye argumentar que los tratados son superiores a la ley, por no ser posible derogar una norma bilateral de manera unilateral, como asimismo por impedirlo el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[99]. Algunos autores señalan incluso que el nuevo artículo 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución[100] daría respaldo a esta tesis[101].

Pero quienes defienden esta tesis en base a los argumentos indicados asumen la respuesta que buscan, pues parten del supuesto que el Derecho chileno no distingue entre efecto externo y efecto interno de los tratados, invocando directamente el propio Derecho internacional al respecto. En nuestra opinión, Chile es un país que puede caracterizarse como dualista moderado, con lo que la ineficacia y/o invalidez en el plano interno no guardan una relación necesaria e indispensable con la eficacia e inderogabilidad en el plano internacional.

Esto significa que el Estado mantiene la capacidad de *inaplicar* un tratado en el plano interno, tanto por ley posterior, por declaración de no autoejecutabilidad —que corresponde a cualquier tribunal— como

www.cdchile.cl

[97] Para estos efectos, se asume que el tratado ha sido ratificado, promulgado y publicado, y que no ha sido declarado inconstitucional en control preventivo por el Tribunal Constitucional.

[98] Véase Benadava, n. 69 ("Las Relaciones entre…), pp. 25-27.

[99] Se basan en el argumento de la validez externa para demostrar efectos internos los siguientes autores: Nogueira Alcalá, n. 85, p. 348; Guillermo Bruna Contreras, "Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia de la Década de 1981-1989", 2003; Jorge Tapia Valdés, "Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias: Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980", 2003; Carlos Andrade Geywitz, "La Reforma Constitucional del año 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma", 2003; Emilio Pfeffer Urquiaga, "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su Ubicación en el Orden Normativo Interno", 2003; Miguel Ángel Fernández González, "Visión Prospectiva en Relación con la Regulación Constitucional de los Tratados Internacionales", 2003; Ana María García Barzelatto, "Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales con Especial Referencia al Control Represivo", 2007.

[100] Esta norma dispone lo siguiente: "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional".

[101] Véanse Salinas, n. 36, p. 496; Marisol Peña Torres, "Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales: La Experiencia Chilena Un Año Después de la Reforma de 2005", 2007; y García, n. 99, pp. 507-508 y 509.

también por sentencia del Tribunal Constitucional en control represivo. Conforme a esta interpretación, el artículo 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución es coherente con el artículo 27 de la Convención de Viena, y sólo se refiere al plano internacional[102]. La misma interpretación resguarda también la diferencia entre tratados de derechos humanos y tratados "ordinarios", sin producir una equivalencia normativa entre los artículos 5º y 54 N° 1 inciso 5° de la Constitución[103], y se impide que el Presidente pueda inhabilitar al Congreso mediante la celebración de "tratados simplificados" o "acuerdos ejecutivos" (esto es, aquellos en los que no participa el Congreso)[104]. Por último, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que las cosas no han cambiado en esta materia con motivo de la Reforma Constitucional del 2005[105].

Este dualismo moderado difícilmente puede ser disputado si se acepta, primero, la necesidad de promulgación y publicación de los tratados para su vigencia interna —lo que implica una fecha de vigencia interna distinta de la del plano internacional, que corresponde a la ratificación del tratado—; segundo, el requisito que los tratados sean autoaplicables —que constituye una evidente forma de inaplicación interna—; y tercero, la potestad del Tribunal Constitucional de declarar

[102] Esto queda claro al contrastar la Constitución con el texto original que se propuso en la moción que dio lugar a la reforma: "Los tratados internacionales, una vez promulgados y publicados, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y una vez en vigor, prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional". Es significativo que este texto no haya sido aprobado. Véase Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, Debates, Informes,* 2005. En contra de la tesis que aquí se presenta —y por un dualista moderado—, véase Teodoro Ribera Neumann, "La Incorporación de los Tratados Internacionales al Orden Jurídico Interno", 2007, p. 519.

[103] Si los tratados ordinarios posteriores son inderogables, la situación de los tratados ordinarios es esencialmente la misma que la de los tratados de derechos humanos. Esta equivalencia no se corresponde con nuestro texto constitucional, que otorga a estos últimos tratados un estatus especialísimo en su artículo 5º.

[104] Los tratados simplificados o acuerdos ejecutivos son, ante el Derecho internacional y la Convención de Viena —en particular su artículo 2°—, tan tratados como los tratados ratificados por el Congreso. De seguirse la tesis que aquí se rebate, un acuerdo simplificado o acuerdo ejecutivo sería inderogable en el plano interno por ley posterior, quedando el Congreso inhabilitado.

[105] Tribunal Constitucional, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,* sentencia de fecha 5 de agosto de 2009, Rol 1288-2009, 25 de agosto de 2009, considerando 46°.

inaplicable una disposición de un tratado[106] —pues en dicho caso, a pesar de la inaplicabilidad, el país seguirá obligado en el plano internacional (salvo inconstitucionalidad manifiesta).

Por lo tanto, en cuanto a su jerarquía, consideramos que la tesis tradicional que postula la asimilación normativa entre los tratados y la ley es la posición correcta en nuestro sistema constitucional[107]. De ello y de la ausencia de competencias materiales reservadas a los tratados se sigue que en Chile corresponde aplicar la regla *lex posteriori derogat priori*[108]. Por el contrario, no parece políticamente conveniente situar a los tratados ordinarios por sobre la ley. Sólo una visión *naïve* del Derecho internacional podría querer inhabilitar permanentemente al Congreso en el ejercicio de su labor legislativa. En nuestra opinión, la tesis de la primacía de la norma posterior funciona perfectamente bien y no vemos razón para alejarse de ella: por una parte los tratados nuevos derogan el Derecho interno y, por otra parte, los tratados vigentes sólo pueden ser inaplicados *internamente* mediante una ley categórica en tal sentido[109]. De este modo, el Congreso, órgano democrático por excelencia, retiene el control final sobre el contenido normativo del ordenamiento jurídico chileno.

Los tratados relativos a derechos humanos requieren tratamiento especial en este punto, porque así lo dispone la propia Constitución. El artículo 5° inciso 2° establece esta calidad normativa especial, la que en todo caso no exige, en nuestro concepto, que se les otorgue a estos tratados la jerarquía de *supra-legal*. Metodológicamente nos parece inapropiado crear categorías que no sólo no se ajusten al texto constitu-

[106] Así lo declaró el Tribunal Constitucional, ibíd., considerandos 35° y ss.

[107] Por todos, véase Salvador Mohor Abuaud y Gustavo Fiamma Olivares, "La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales", 1994.

[108] Véase Orrego y Orrego, n. 69, pp. 46-47. Véase también Federico Duncker Biggs, *Derecho Internacional Privado*, 1956; Benadava, n. 69 (*Derecho Internacional*...), p. 74, y Benadava, n. 69 ("Las Relaciones entre..."), pp. 25-27. En cuanto a jurisprudencia, véase *Duncan Fox y Cía. con Dirección General de Impuestos Internos, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXX, 2ª parte, sección 1ª, p. 100, 1932. Ahora bien, hay un fallo de la Corte Suprema, no publicado, anterior a la Constitución de 1980, que niega a la ley posterior la facultad de derogar un tratado, citado por Benadava, n. 69 ("Las Relaciones entre…), p. 27. También en contra de la posibilidad que una ley posterior derogue o modifique un tratado, véase Nogueira Alcalá, n. 85, p. 348 y, después de la reforma del 2005, véanse los autores citados en la n. 101.

[109] También puede ser inaplicado internamente por declaración de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional, o por declaración de no-autoejecutabilidad de cualquier sentenciador.

cional, sino que tampoco cumplen ninguna función necesaria (*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, o "no multiplicar los seres sin necesidad", como exige el principio de la "navaja de Ockam").

Muy en síntesis, la obligación de los órganos del Estado de *respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales* implica una limitación constitucional al poder normativo del Congreso. Ni el Congreso ni ningún otro órgano estatal pueden entonces derogar o disponer la inaplicación interna de un tratado internacional de derechos humanos. Con ello, más allá de disquisiciones dogmáticas sobre la jerarquía, *en la práctica*, los tratados internacionales quedan en una posición superior a las leyes ordinarias, pues por una parte derogan el Derecho interno anterior y, por otra parte, no son derogables por la actividad normativa posterior del Congreso Nacional.

Compartimos así la tesis "infra-supra" de Bertelsen[110], aunque no en un sentido dogmático sino en uno práctico. Decimos práctico porque lo que define este *supra* es el hecho de que una ley posterior contraria a un tratado internacional sobre derechos humanos es inconstitucional por vulnerar el artículo 5° de la Carta Fundamental, y no, por el contrario, por una supuesta "naturaleza jurídica" del tratado en sí. En definitiva, los tratados de derechos humanos tienen, en nuestro concepto, la misma jerarquía interna que la ley, pero gozan de la protección constitucional de inderogabilidad o no-inaplicación interna.

Como corolario de lo anterior, la correcta interpretación del artículo 5° de la Constitución debe ser que los tratados de derechos humanos son siempre autoejecutables. Los tratados *ratificados por Chile* y que *se encuentren vigentes* en el orden internacional de acuerdo al Derecho internacional, *obligan a todos los órganos del Estado*. En materia de derechos humanos Chile es, entonces, un país monista. Más exactamente, en nuestro país existe un "acoplamiento" total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía, todo ello por expresa disposición del artículo 5° de la Constitución. Como consecuencia, el Congreso, el Presidente y el Tribunal Constitucional carecen de las potestades necesarias para suspender o inaplicar tales normas en el Derecho interno.

[110] Véase Raúl Bertelsen Repetto, "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno", 1996.

www.cepchile.cl

Ahora bien, que un tratado sea autoejecutable no significa que los derechos humanos que contiene sean todos plenamente justiciables. Y, a la inversa, las dificultades que puedan encontrarse en términos de justiciabilidad de un cierto derecho humano cuyo origen se encuentra en el Derecho internacional no ponen en duda su autoejecutabilidad. La teoría de la autoejecutabilidad es una decisión jurídico-política que impide que un tratado/norma se incorpore al orden interno; internamente no existe para todos los efectos prácticos. Pero de reconocerse su incorporación —como se sigue del artículo 5°—, la justiciabilidad de sus derechos debe ser evaluada conforme a las mismas reglas que aplican a los demás derechos fundamentales reconocidos por el orden interno. No vemos ninguna razón especial para que las soluciones adoptadas por el Derecho constitucional relativas al rol de los jueces frente a los derechos constitucionales de segunda y tercera generación no sean aplicables a los derechos humanos que encuentran su origen en el Derecho internacional[111].

Finalmente, en cuanto al caso de conflicto entre Constitución y tratados internacionales, consideramos que no puede sino afirmarse, en el plano interno, la prevalencia de la Constitución[112]. Consecuentemente con el principio de legitimidad democrática, la Constitución es el cuerpo que determina el ordenamiento jurídico nacional, así como la validez, eficacia y aplicabilidad de las normas en el plano interno, de modo que no puede pasarse por alto el sistema de competencias y jerarquías que ella establece[113]. Sólo nos remitimos a señalar que el reconocimiento de la "supremacía constitucional" es la posición dominante en la jurisprudencia[114], aunque hay fallos y posiciones contrarios,

[111] Los derechos de segunda y tercera generación son, en la generalidad de los casos, mandatos dirigidos a los organismos políticos de la nación, a fin de que creen políticas públicas apropiadas a la luz de los fines y objetivos definidos por tales derechos. Qué rol corresponde a los tribunales de justicia cuando los órganos políticos no hacen su trabajo o lo hacen en forma incompleta o inapropiada —uno de los dilemas centrales del Derecho constitucional—, es un punto que escapa a este trabajo.

[112] Ver n. 68, y texto y cita asociados.

[113] Lo cual es obviamente sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por la violación de normas válidas en el ámbito internacional.

[114] Ver sentencia del Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998*, Rol 346, 8 de abril de 2002, considerandos 59° a 75°. Véase también, sentencia Rol 1288-2009, n. 105, considerando 49°.

incluyendo una nueva tendencia a aceptar la inaplicabilidad de normas legales que colisionan con tratados internacionales[115/116].

II.d. ¿Es el Convenio 169 un tratado de derechos humanos, en los términos establecidos por el artículo 5° de la Constitución?

Conforme al esquema teórico previamente presentado, resulta crucial determinar la naturaleza o estatus del Convenio 169, esto es, establecer si se trata o no de un tratado que regula "derechos esenciales emanados de la naturaleza humana" en los términos del artículo 5° de la Constitución. Si bien el Convenio 169 es indudablemente un tratado internacional[117] —esto es, un acuerdo internacional que rige las relaciones entre partes en la escena internacional[118]—, la calidad de "tratado de derechos humanos" que habitualmente se le atribuye entre los expertos requiere de un análisis más cuidadoso[119].

La primera cuestión a resolverse en este punto es una de Derecho aplicable. La pregunta por la naturaleza o estatus del tratado es ¿debe resolverse conforme al Derecho internacional o al Derecho constitucional chileno? Por cierto que la situación más frecuente es que no se produzca conflicto, estando ambos derechos de acuerdo en que un tratado se refiere a derechos humanos. Pero éste no es necesariamente el caso. En consecuencia, corresponde analizar la naturaleza del Convenio 169 tanto a la luz del Derecho internacional como del Derecho interno. Este análisis, en rigor, debe realizarse norma por norma[120], lo que a efectos

www.cepchile.cl

[115] Véase, por ejemplo, Corte Suprema, "c/Basclay Humberto Zapata Reyes y Osvaldo Enrique Romo Mena", Rol 3452-2006, sentencia de fecha 10 de mayo de 2007, considerando 62°.

[116] En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado inaplicables normas legales por ser consideradas contrarias a la dignidad humana (art. 1° de la Constitución), conclusión a la que se llega luego de contrastar dichas normas con tratados internacionales de derechos humanos. Véanse por ejemplo *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Julio Magri Rabaglio,* Rol 834-2007, 13 de mayo de 2008, C. 22°; y *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel*, Rol 1340-2009, 29 de septiembre de 2009, C. 9°.

[117] Véase OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 8.

[118] Malcolm N. Shaw, *International Law*, 2003, p. 811; y Vaugham Lowe, *International Law,* 2007, p. 64.

[119] Véase, por ejemplo, Observatorio Ciudadano, "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile. 2009" (Introducción).

[120] Véase Claudio Troncoso Repetto y Tomás Vial Solar, "Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales en la Constitución", 1993, p. 696, y Cecilia Medina Quiroga, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 1996, p. 65.

de lo que nos hemos propuesto en este trabajo exige enfocarse en los artículos 6, 7 y 15.

Este punto no es un mero academicismo. En nuestra opinión, desde una perspectiva internacional, los artículos 6, 7 y 15.1 del Convenio 169 constituyen derechos humanos colectivos o de tercera generación[121], pues se enmarcan dentro de los mencionados conceptos de autodeterminación, identidad y propiedad[122]. Ahora bien, no puede llegarse a la misma conclusión respecto del artículo 15.2 en lo que se refiere al derecho de los pueblos indígenas a "participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades [prospección y explotación de los recursos existentes en sus tierras]". Incluso partiendo de la base que los derechos contenidos en tratados de derechos humanos se presumen también de derechos humanos[123], no creemos que la citada disposición lo sea.

Como hemos visto, desde una perspectiva internacional, el derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales es un derecho humano en la medida en que se trate de un factor esencial de su identidad y forma de vida[124]. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, los pueblos indígenas tienen un derecho humano a sus formas tradicionales de vida y subsistencia, lo que se extiende a aquellas actividades económicas que forman parte esencial de la cultura[125]. Así lo recoge explícitamente el artículo 13.1 del Convenio 169[126]. Por

[121] Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, "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, párrafo 6 ("La obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses está firmemente asentada en el derecho internacional de los derechos humanos").

[122] Véase nuestro comentario en la n. 17.

[123] Véase Medina, n. 120, p. 64.

[124] Véase Anaya, n. 15, p. 106, "Por tanto, el Convenio 169 reafirma la noción promovida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el Comité para los Derechos Humanos de la ONU respecto de que los indígenas como grupo tienen derecho a una continua relación con las tierras y los recursos naturales de acuerdo a patrones tradicionales de uso y ocupación" (traducción de los autores).

[125] Véase Comité de Derechos Humanos, *Comentario General N° 23*, n. 23, N° 7.

[126] Artículo 13.1 del Convenio 169: "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 revista su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esta relación".

ello, en nuestro concepto, el componente "derecho humano" sobre los recursos naturales se agota en las demás disposiciones —distintas a la participación en los beneficios— contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 15 del Convenio 169.

Más aún, es posible afirmar que, de acuerdo al propio Convenio 169, la frase "siempre que sea posible" impide que este interés establecido en favor de los pueblos indígenas pueda ser calificado como un verdadero derecho subjetivo. No siendo un derecho subjetivo, mal podría ser un derecho humano. Así lo reconoce la propia Organización Internacional del Trabajo:

> ¿Quiere decir [la frase "siempre que sea posible"] que los gobiernos siempre mantienen el derecho a decidir si los pueblos indígenas y tribales se benefician o no de la explotación de los recursos naturales ubicados en sus tierras? *Sí, quiere decir eso*[127].

Conceptualmente, el derecho a "participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades" corresponde a un ingreso establecido en favor de los pueblos indígenas por encima del pago de indemnizaciones por daños y perjuicios. Es un derecho que no se explica en virtud de la justicia correctiva, sino de la justicia distributiva. Se trata de una redistribución focalizada de recursos desde las empresas hacia los pueblos indígenas. Y resulta difícil concebir que una forma semejante de redistribución —que Tribe llama *spot redistributions*, quitar a A para dar a B[128]— pueda ser un derecho humano.

Corresponde ahora volver nuestra mirada al Derecho chileno. ¿Son los derechos reconocidos por el Convenio 169 derechos emanados de la naturaleza humana, en los términos del artículo 5° de la Constitución? En la doctrina chilena, Rodrigo Correa se ha referido a este punto. Su análisis parte por el contenido del artículo 5º:

> La interpretación del artículo 5 de la Constitución es compleja y desgraciadamente no contamos con documentos públicos de su génesis que ayuden a su esclarecimiento. Dos factores contribuyen a la complejidad de la disposición. Por una parte, no identifica cuáles son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Por otra parte, tampoco identifica cuáles son los tratados internacionales que garantizan dichos derechos. En

[127] OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 25 (énfasis agregado).
[128] Véase Laurence H. Tribe, *Constitutional Choices*, 1985, p. 167.

www.cepchile.cl

> consecuencia, un tratado estará cubierto por el artículo 5 siempre que reconozca o regule *derechos que emanen de la naturaleza humana*. La fórmula empleada es ontológica y epistemológicamente exigente: requiere tanto que de la naturaleza humana emanan derechos, como la posibilidad de conocer la naturaleza humana[129].

A partir de lo anterior, Correa concluye que el Convenio 169 "no es entonces de aquellos tratados a que se refiere el artículo 5 de la Constitución"[130]. En síntesis, su posición es que los derechos colectivos o de tercera generación no tienen cobertura en la citada disposición constitucional:

> Si la idea de *derechos que emanan de la naturaleza humana* algún sentido tiene, ésta supone que dicha naturaleza es una y que es independiente del contexto cultural o de factores religiosos, sexuales, de edad, de raza, de clase u otros cualesquiera. El Convenio 169 consagra derechos a personas que se identifican por su adscripción a ciertos grupos culturales o étnicos que para efectos del mismo se denominan pueblos tribales y pueblos indígenas (art. 1 § 1). En otras palabras, el Convenio reconoce derechos a personas en razón de pertenecer a pueblos determinados, no en razón de ser individuos de la especie humana[131].

Aunque se trata de una posición razonable, no compartimos la tesis de Correa. Nuestra divergencia se debe a una posición de respeto institucional por las interpretaciones constitucionales explícitas o implícitas que haga el Congreso Nacional, autoridad interpretativa central —aunque no única ni última— de la Constitución. Si el Congreso y el Presidente ratifican un tratado que conforme al Derecho internacional es de derechos humanos, debe entenderse que no han querido crear una situación de conflicto con el Derecho interno y que, por el contrario, estiman que dicho tratado contiene normas de derechos humanos para los efectos del artículo 5°[132]. Si nuestros órganos colegisladores quisieran

[129] Rodrigo Correa G., "Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT", 2002, p. 2 (en adelante, Correa, "Informe de Constitucionalidad").

[130] Ibíd.

[131] Ibíd.

[132] Al revisar la historia de la tramitación de la ratificación del Convenio 169 en el Congreso Nacional (Boletín 233-10), queda claro que en todo momento los parlamentarios tuvieron presente estar discutiendo un tratado sobre derechos humanos. Así, por

evitar que un tratado o sus normas sean calificados como de derechos humanos a efectos del Derecho interno, podrían eventualmente incluir una declaración en tal sentido.

Sólo en casos límites, en los que claramente se haya excedido el ámbito de lo que generalmente se conoce como propio de los derechos humanos, podría el Tribunal Constitucional concluir que un tratado internacional de derechos humanos ratificado por Chile no cabe en el artículo 5º de la Constitución. Y ciertamente el Convenio 169 no es uno de tales casos límites, pues el mismo, por las razones antes dadas, cabe dentro de un concepto y ámbito modernos de los derechos humanos, como es el caso de los derechos colectivos de tercera generación.

II.e. ¿Es autojecutable el Convenio 169? ¿Es ello motivo de alarma?

Tal como ya lo hemos señalado, los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes no pueden ser excluidos del ordenamiento interno por la vía de una declaración de no-autoejecutabilidad. Conforme al artículo 5º de la Constitución, "es deber del Estado respetar y promover" los derechos contemplados en tales tratados. Dado dicho deber constitucional, es contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no-autoejecutabilidad.

En consecuencia, en nuestra opinión, las normas del Convenio 169 se integran en principio al Derecho interno. Por ende, estimamos que el Tribunal Constitucional resolvió acertadamente cuando sostuvo que los artículos 6 y 7 son autoejecutables[133], pero no así al declarar

ejemplo, en el informe emitido en primer trámite constitucional por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, de la Cámara de Diputados, se señala que el Convenio "ha tenido también como antecedente numerosos otros pactos internacionales, precursores del reconocimiento de los derechos humanos de las minorías, los grupos étnicos y las poblaciones indígenas". Asimismo, en segundo trámite constitucional, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado informó que el fundamento del Convenio "[s]e halla en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en aquellos instrumentos internacionales que persiguen prevenir la discriminación".

[133] Ibíd., C. 5°, 6°, 7º y 8º. Véase también Decreto Supremo (Mideplan) N° 124, Reglamenta el Artículo 34 de la Ley N° 19.253 a Fin de Regular la Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, considerando 8°, "[q]ue una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio

que los artículos 14 y 15.2 no lo son[134]. Sólo compartimos esta última afirmación del Tribunal en lo que respecta al derecho a "participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades" contemplado en la segunda parte del artículo 15.2, por cuanto no es un derecho subjetivo, no es un derecho humano y no cumple los requisitos generales de autoejecutabilidad propios de los tratados internacionales.

Para terminar, es necesario hacer notar que la calificación de los derechos del Convenio 169 como derechos humanos autoejecutables, incorporados al ordenamiento interno y justiciables en los mismos términos de los demás derechos fundamentales de segunda y tercera generación, no debe ser motivo de alarma[135]. Al menos cinco razones concretas y pragmáticas así lo prueban. Primero, los derechos humanos son esencialmente razones para la acción política —una prohibición a la indiferencia de la acción política—, dirigidos al Congreso y al Ejecutivo y sólo indirectamente a los tribunales[136]. Los derechos humanos no convierten a la democracia en el gobierno de los jueces[137].

Segundo, que un cierto derecho sea un derecho humano no significa que necesariamente deba prevalecer sobre todo otro derecho. Los derechos humanos están sujetos a los procesos de balanceo y ponderación característicos de la justicia constitucional. Así ha sido expresamente reconocido, por ejemplo, por la propia CIDH en materia de

N° 169 pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarios que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno" [en adelante, Reglamento de Consulta y Participación], y Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de abril de 2008, Rol 1050, *Control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989* [en adelante, *Sentencia Rol 1050*].

[134] Véase *Sentencia Rol 309*, n. 82, considerandos 65º y 70º.

[135] Véase, por ejemplo, Lucas Sierra, "La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento Individual y No Colectivo", 2003, quien se muestra preocupado por el reconocimiento de derechos de carácter colectivo.

[136] Como señalamos anteriormente, el rol que corresponde a los tribunales en caso de inacción, acción inoportuna o acción altamente inapropiada de los órganos públicos —que no es otra cosa que uno de los problemas tradicionales del Derecho constitucional—, escapa a los límites de este trabajo.

[137] Como ha señalado la Corte Suprema norteamericana en uno de los casos más importantes del siglo XX, *Chevron, USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*., 467 U.S. 837, 866 (1984), "los jueces —quienes no son electos— tienen el deber de respetar las opciones de política pública de aquellos que sí lo son" (traducción de los autores).

conflictos entre propiedad indígena y propiedad privada[138]. En cuanto razones para la acción política, los derechos humanos están sujetos a la determinación concreta que decidan darle las autoridades políticas frente a las demás razones para la acción política que puedan existir.

Tercero, los derechos humanos con origen en el Derecho internacional —así como los derechos fundamentales a nivel interno— se articulan, en la gran mayoría de los casos, conforme a un complejo esquema de repartición de autoridad entre el Congreso y el Ejecutivo por un lado, y los tribunales por el otro. El esquema es de "dos velocidades". En general, es frecuente y también apropiado que los tribunales muestren un gran nivel de deferencia por las políticas públicas de implementación de los derechos humanos adoptadas por los gobiernos. Pero, al mismo tiempo, tampoco es raro encontrar "bolsones" de autoridad judicial, conforme a los cuales las cortes constitucionales e internacionales defienden asertivamente algunas dimensiones muy específicas y circunscritas (aunque a veces impredecibles) de los derechos[139].

Cuarto, todo remedio institucional conlleva siempre riesgos o potenciales efectos adversos. La existencia de tales riesgos o efectos no constituye un argumento *per se* en contra del remedio, sino que es motivo de preocupación y monitoreo al momento del diseño e implementación del mismo. En tal sentido y desde una perspectiva pragmática y no conceptual, compartimos con Sierra su preocupación por el riesgo de coacción de los pueblos indígenas sobre sus miembros así como también el riesgo de inmovilidad económica que puede seguirse de una inadecuada legislación indígena que recoja derechos de segunda y tercera generación[140]. Pero el desafío es controlar y evitar tales riesgos, no usarlos como argumentos en contra de la acción política pro-indígena.

Por último, y volviendo a la recepción judicial de los derechos indígenas en nuestro país, la todavía escasa jurisprudencia de nuestros

[138] Véase *Caso Yakye Axa*, n. 24, p. 149 ("Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros."). Véase también *Caso Sawhoyamaxa*, n. 24, p. 138 ("Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro").

[139] Para un estudio del derecho de propiedad en estos términos, Véase Montt, n. 30, pp. 165-229.

[140] Véase Sierra, n. 135, p. 23.

tribunales superiores de justicia confirma que la incorporación de un tratado de derechos humanos indígenas de tercera generación no es motivo de alarma. Nuestros jueces no se inclinan hacia el peligroso activismo judicial que caracteriza a otros países latinoamericanos, sino que mantienen una actitud deferente que, al mismo tiempo, no duda en actuar frente a claras ilegalidades o arbitrariedades[141]. De hecho, el peligro a ratos pareciera ser el contrario, esto es, el bajo cumplimiento de los compromisos asumidos en el Convenio 169[142].

III. RESEÑA DE LA "CUESTIÓN INDÍGENA" EN CHILE

Antes de analizar los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169, creemos indispensable presentar una reseña histórica de la "cuestión indígena" en nuestro país. A ratos y producto de la actual efervescencia de los conflictos territoriales en la zona sur, pareciéramos olvidar que dicha cuestión no es nueva en nuestra historia. Lo cierto es que ella se remonta a la llegada de los españoles al territorio, se prolonga a lo largo de todo el período pre-republicano y se perpetúa tras la fundación del Estado chileno hasta nuestros días.

No constituye una tarea fácil reseñar la historia de los pueblos originarios en su relación con la Corona española primero y con el Estado de Chile después. Al menos, existen ciertos hitos que permiten entender la situación actual del mundo indígena, el fundamento de sus demandas y de la legislación y las políticas públicas elaboradas a su respecto. Aunque existen diversos pueblos indígenas en el territorio patrio[143], nos centraremos aquí en el caso del pueblo mapuche. Su historia es la más documentada, es la etnia de mayor población y, en definitiva,

[141] Véase Corte de Apelaciones de Temuco, *Linconao con Sociedad Palermo Limitada*, Recurso de Protección Rol N° 1773-2008, 16 de septiembre de 2009, confirmado por sentencia de la Corte Suprema, Rol 7287-2009, 30 de noviembre de 2009; y Corte Suprema, *Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aimara Chusmiza y Usmagama*, Recurso de Casación en el Fondo Rol 2840-2008, 25 de noviembre de 2009.

[142] En uno de los casos más relevantes en la materia, la Corte Suprema revocó, incorrectamente a nuestro juicio, un acertado fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco. Véase *Puelman Ñanco con Comisión Regional del Medio Ambiente Región de la Araucanía,* Corte Suprema, 17 de mayo de 2010, Rol 1525-2010, y Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de enero de 2010, Rol 1705-2009.

[143] El artículo 1° de la Ley 19.253 de 1993 señala que "El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes".

www.cepchile.cl

el pueblo que mayores puntos de conflicto presenta hoy. Además, el caso mapuche permite en buena medida ejemplificar lo que ha ocurrido con todos los pueblos indígenas, especialmente en materia de legislación y políticas públicas.

III.a) Historia pre-republicana y temprana república

La historia del conflicto mapuche comenzó con la llegada de los primeros conquistadores españoles a la zona de la Araucanía a mediados del siglo XVI, que pronto dio paso a la "Guerra de Arauco". Como es sabido, en esta guerra los mapuches ofrecieron una fuerte resistencia al ejército español, siendo sus mayores victorias la batalla de Tucapel (1553) y el alzamiento de Curalaba (1598).

En un hecho inédito en la historia de los reinos españoles en América, los mapuches lograron dar muerte a dos gobernadores de la Corona: Pedro de Valdivia y Martín García Oñez de Loyola. Ocurrido este último hecho y viendo los españoles que no les era posible penetrar y controlar los territorios situados al sur del Biobío, se dio inicio a una segunda etapa en su relación con el pueblo mapuche, denominada como el período de "La Frontera".

Durante el período de La Frontera, la relación español-mapuche se estructuró sobre la base de una lógica de acuerdos. En una época marcada por la política de los parlamentos se produjo una suerte de reconocimiento del "pueblo-nación" mapuche y de una frontera común entre ambas naciones[144]. En el primero de dichos parlamentos, el de Quilín o Quillín (1641), se reconoció la frontera en el río Biobío y el territorio del pueblo mapuche al sur de ese río. Los mapuches se comprometieron, por su parte, a considerar como enemigos a los enemigos de España y a permitir el ingreso de misioneros. Todos los parlamentos posteriores[145] confirmaron en mayor o menor grado estos acuerdos, tomando como base lo allí acordado[146].

[144] Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, Volumen I, Primera parte, p. 362 [en adelante, *ICVHNT-I.1*].

[145] Los siguientes parlamentos celebrados entre mapuches y españoles son el de Boroa de 1651, de Toltén de 1652, de Imperial de 1683, de Yumbel de 1692, de Choque-Choque de 1695, de Negrete de 1726, de Tapihue de 1738 y 1746, de Salto del Laja de 1756, de Santiago de 1760, de Nacimiento de 1764, de Negrete de 1771, de Santiago de 1772, de Santiago y de Tapihue de 1774, de Lonquilmo de 1784 y de Negrete de 1793 y 1803.

[146] José Bengoa, *Historia del Pueblo Mapuche. Siglos XIX y XX*, 2000, p. 36.

Se ha señalado que estos parlamentos entre los mapuches y los españoles tendrían la naturaleza de verdaderos tratados internacionales entre naciones soberanas y que, al lograrse la independencia, la Araucanía se habría regido por tales tratados[147]. Incluso se ha postulado que tales tratados serían obligatorios e inmodificables para el propio Estado de Chile[148]. De acuerdo al informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, si bien estas tesis han sido desestimadas por los tribunales chilenos, los parlamentos "debieran ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia frente a situaciones de controversia contemporánea"[149].

Con la independencia se dio paso, en una primera etapa, a una valorización de los mapuches, considerándoselos como la encarnación del ideario de la libertad en contra del pueblo opresor extranjero[150]. El propio O'Higgins se refería en 1817 a los mapuches como "el lustre de la América combatiendo por su libertad"[151]. Con ello vino también un período de legislación "igualitarista" entre chilenos y mapuches, reconociéndoseles la calidad de ciudadanos en plenitud, no obstante que, a la vez, se regulaba su forma de vida con claros sesgos paternalistas. Así, el artículo 1° el Decreto de 1° de julio de 1813 —la primera legislación indígena del Estado chileno— estatuía que:

> Todos los indios verdaderamente tales i que hoy residen en los que se nombran pueblos de indios, pasarán a residir en villas formales, que se erijirán en dos, tres, o mas de los mismos pueblos designados por una comisión, gozando de los mismos derechos sociales de ciudadanía que corresponde al resto de los chilenos.

A su vez, el artículo 4° disponía que:

> Cada indio tendrá una propiedad rural, ya sea unida a su casa, si es posible, i de nó, en las inmediaciones de la villa. De ella podrán disponer con absoluto i libre dominio; pero sujetos a los estatutos de policía i nuevas poblaciones, que podrán añadir o modificarse por la comisión.

---

147 *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 366.

148 Véase Grupo Nizkor en http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/endesa/negrete.html (última visita, 5 de noviembre de 2009).

149 *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 369.

150 Luego, en la llamada "Guerra a Muerte" entre patriotas y realistas, esta visión inicial fue cambiando como consecuencia de que los mapuches, en cumplimiento de lo acordado en los parlamentos con los españoles, lucharon junto a ellos en contra de los independentistas.

151 Jorge Pinto R., "De la Inclusión a la Exclusión. La Formación del Estado, la Nación y el Pueblo Mapuche", 2003, p. 46, en *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 377.

www.cepchile.cl

En la misma línea, el Bando Supremo de 4 de marzo de 1819, firmado por O'Higgins, repudia el trato dado por los españoles a los indígenas y los reconoce como ciudadanos chilenos, concediéndoles además el privilegio de la exención del pago de tributos[152]. Años más tarde, bajo el gobierno de Freire, se dictó la Ley de 10 de junio de 1823, que disponía que "lo actual poseído según lei por los indígenas, se les declare en perpetua y segura propiedad", de modo que "las tierras sobrantes se sacarán a pública subasta… para que… verificado su remate, se vendan de cuenta del Estado". De este proceso provienen los llamados "títulos de comisario", que han sido una de las más sólidas bases para la defensa de los actuales intereses indígenas.

III.b) Comienzan los abusos

Este primer período en nuestra historia republicana, caracterizado por un reconocimiento del pueblo mapuche y de su territorio, no fue muy prolongado. Las cosas comenzaron a cambiar debido a la presión por expandir el territorio chileno hacia el norte y hacia el sur. La siguiente etapa de la relación del Estado con el pueblo mapuche se refleja ya claramente en la Ley de 2 de julio de 1852, mediante la cual, por primera vez, se efectúa una declaración de soberanía sobre lo que tradicionalmente se consideraba territorio indígena, creándose la Provincia de Arauco, entre el río Biobío y el norte de la Provincia de Valdivia.

Ahora bien, como consecuencia de los abusos cometidos por los especuladores de tierras y de las denuncias efectuadas por los indígenas y algunos sacerdotes católicos, se dictó casi simultáneamente la Ley de 14 de mayo de 1853, cuyo texto da cuenta de una incipiente política de protección:

[152] El Bando Supremo del 4 de marzo de 1819 señalaba: "El gobierno español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de la América bajo la denominación degradante de naturales. Era esta una raza abyecta, que pagando un tributo anual, estaba privada de toda representación política y de todo recurso para salir de su condición servil. Las leyes de Indias corregían estos abusos disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado 'Protector General de Naturales'. En una palabra nacían esclavos, vivían sin participación de los beneficios de la sociedad y morían cubiertos de oprobio y miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto declaro que para lo sucesivo deben ser llamados CIUDADANOS CHILENOS, y libres como los demás habitantes del Estado, con quienes tendrán igual voz y representación...".

www.cepchile.cl

> Toda compra de terrenos hecha a indíjenas o de terrenos situados en territorio de indíjenas debe verificarse con intervencion del Intendente de Arauco y del Gobernador de Indíjenas del territorio respectivo que el Intendente comisione para cada caso. La intervención del Intendente o del funcionario comisionado por él, tendrá por objeto asegurarse de que el indíjena que venda presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente i de que sea pagado o asegurado debidamente el pago del precio convenido.

Más adelante, durante el gobierno de José Joaquín Pérez y al mismo tiempo que Orélie Antoine de Tounens se autoproclamaba "Rey de la Araucanía y la Patagonia", se dio comienzo a la "Pacificación" u "Ocupación" de la Araucanía, comandada por el general Cornelio Saavedra. Como parte de este proceso, se dictó la Ley de 4 de diciembre de 1866, según la cual una "Comisión Radicadora" procedería a deslindar los terrenos pertenecientes a los indígenas, expidiéndose en su favor títulos de merced y agregándose que "se reputarán como terrenos baldíos i por consiguiente de propiedad del Estado, todos aquellos respecto de los cuales no se haya probado una posesion efectiva i continuada de un año por lo ménos".

De esta manera, se reemplazó el concepto de "territorio de indígenas" por el de "territorio de colonización"[153], y se despojó en consecuencia a los mapuches de buena parte de sus tierras al negarles en los hechos la posibilidad de probar su posesión en la forma prevista por la ley. Esta misma Ley de 1866 creó la figura del "Protector de Indios", letrado encargado de cumplir las funciones que la Ley de 14 de mayo de 1853 había entregado a los intendentes y gobernadores, representando a los indígenas "en todas las circunstancias que se ofrezcan, i especialmente en el deslinde de sus posesiones i en todos los contratos traslaticios de dominio".

Buena parte de los conflictos actuales proviene de los abusos observados en la implementación de la política de reducciones y de concesión de títulos de merced iniciada con la dictación de la Ley de 1866 y que continuó con la legislación posterior basada en ella[154]. No fue

[153] *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 388.

[154] Ibíd. p. 392. En cuanto a legislación posterior, se puede citar como ejemplo a la Ley de 4 de agosto de 1874 que fomentó la colonización de tierras indígenas: "Artículo 11. A los particulares que quieran establecer colonias por su cuenta en el territorio indígena, se les concederá hasta ciento cincuenta hectáreas de terreno plano o lomas o

infrecuente que los deslindes señalados a favor de los indígenas en los títulos de merced no fueran respetados por los propietarios colindantes, que se repartieran tierras a particulares donde ya existían títulos de merced, que se entregaran a los mapuches terrenos más pequeños que los que se consignaban en los títulos y que se utilizara una serie de fraudes para privar a los indígenas de las propiedades que previamente se les había reconocido[155].

Todas estas prácticas abusivas y fraudulentas fueron consignadas ya hacia el final del proceso de radicación, por los protectores de indios y por la Comisión Parlamentaria de Colonización formada en 1911 con la participación de senadores y diputados que viajaron a la zona de Arauco para cerciorarse de la veracidad de las denuncias hechas por los mapuches. Resulta interesante destacar que en el informe de dicha Comisión se consignó lo siguiente:

> Muchos reclamos son justificados: que los indígenas suelen ser víctimas de gentes inescrupulosas y á veces de inhumanas, que los hostilizan, los maltratan ó se valen de argucias abogadiles para despojarlos de lo suyo; que su radicación se hace con despacio, (...) que otros son perseguidos por vías de hecho o judicialmente, por detentadores injustos de tierras del Estado, que aspiran por este medio a afirmar sus pretensiones de dominio sobre las mismas; que algunos concesionarios tratan de desalojar sin razón á personas establecidas dentro de sus concesiones; que hay ocupantes que se instalan donde no les corresponde; y que la acción de las autoridades aparece en ciertos casos amparando, más las arbitrariedades del fuerte que los derechos del débil"[156].

El proceso de radicación iniciado por la Ley de 1866 concluyó en 1929. De acuerdo a la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, como consecuencia de esta política indígena el Estado habría hecho entrega de 3.078 títulos de merced, que a la época de su concesión equivalían a 475.194 hectáreas, "favoreciendo" a 77.751 indígenas. Según otros datos, se habrían entregado 2.918 títulos a 82.629 personas, por un

bien el doble en las serranías o montañas, por cada familia inmigrante de Europa o de los Estados Unidos de Norteamérica, previas las condiciones que estableciere el Presidente de la República en los respectivos contratos".

[155] Véase *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 404.

[156] "Comisión Parlamentaria de Colonización, Informe, Proyectos de Ley y Actas de las Sesiones y Otros Antecedentes", XII, citado en *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 402.

total de 510.386 hectáreas, lo que equivale al 6,39% del territorio hasta entonces ocupado por los mapuches, entre las provincias de Arauco por el norte y Osorno por el sur[157].

III.c) El divisionismo

Con el término de la década del 1920 se inicia una nueva etapa de nuestra legislación indígena. A esta nueva legislación podría llamársele "divisionista", porque impulsó la partición de las comunidades indígenas ya radicadas. El fundamento de esta nueva política indígena era la idea de que buena parte de los males que aquejaban al pueblo mapuche derivaban de la indivisión de la tierra, idea cuyo origen se encuentra, en general, en el Código Civil y en el pensamiento de Bello.

Este período comienza con la Ley 4.169 de 1927, dictada bajo el primer gobierno de Ibáñez, que creó el llamado "Tribunal especial de división de comunidades indígenas". Aunque el Tribunal debía en primer lugar hacer la división de las comunidades que así lo solicitasen, también podía efectuarla de oficio en determinados casos. Posteriormente, conforme a la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 4.111 de 1931, el Tribunal podía realizar la partición únicamente a petición de un tercio de los comuneros. Cabe notar que la Ley 4.169 permitía a los indígenas enajenar libremente sus hijuelas, salvo algunas excepciones que en todo caso desaparecían al cabo de 10 años de concluida la partición.

El 11 de febrero de 1930 se dictó la Ley 4.802, que puso fin a la figura del Protector de Indígenas, a la Comisión Radicadora de Indígenas y, por ende, a la entrega de títulos de merced. Esta nueva reglamentación creó los "Juzgados de Indios", a los que se entregó la facultad de conocer de la división de las comunidades mapuches. Los indígenas podían gravar o enajenar sus propiedades siempre que contaran con autorización del Juez de Indios, aunque sólo cuando hubieren transcurrido diez años desde la fecha de la terminación de la partición.

Otro hito de este período es la Ley 14.511 de 1961, llamada "Ley de Propiedad Indígena". Esta ley, entre otras cosas, amplió el número de Juzgados de Letras de Indios a fin de garantizar el acceso a la justicia, estableció un nuevo procedimiento para la liquidación de las comunida-

[157] *ICVHNT-I.1*, n. 144, pp. 420-421.

des (ratificando la norma ya existente, que exigía acuerdo previo de un tercio de los comuneros), creó normas sobre crédito indígena, prohibió la enajenación de los terrenos indígenas durante su indivisión y permitió gravarlos únicamente a favor de ciertas instituciones, haciendo extensiva tal restricción a las hijuelas resultantes de la división.

Cabe notar que la legislación divisionista tuvo "éxito" en lo que respecta a su objetivo de terminar con las comunidades indígenas. Existen antecedentes de que surgieron 13.000 propietarios indígenas regidos por el Derecho común, todos ellos derivados de la liquidación de 793 de los 3.078 títulos de merced concedidos, equivalentes al 25% de los terrenos indígenas[158].

III.d) Reformas y contrarreformas

El proceso de Reforma Agraria partió primero con la dictación de la Ley 15.020, bajo el gobierno de Jorge Alessandri, y continuó luego con la Ley 16.640, durante la presidencia de Eduardo Frei Montalva. Si bien parece haber favorecido en algún grado menor a los mapuches, este proceso no estuvo basado en su especificidad étnica ni en sus problemas concretos en tanto pueblo indígena. Pero igualmente implicó una revitalización de las reivindicaciones de tierras y del movimiento indígena.

Por su parte, Salvador Allende asumió una agenda más pro-indígena. Como candidato firmó el acuerdo en el Cerro Ñielol en 1964, obligándose a emprender cambios legales favorables a los pueblos indígenas, y su programa de gobierno incluía entre sus puntos la defensa de la causa indígena. En concreción de este programa, a fines de 1972 entró en vigencia la Ley 17.729, que derogó la anterior Ley de Propiedad Indígena (Ley 14.511).

Dos innovaciones de esta ley merecen ser destacadas: por primera vez se define legalmente lo que debe entenderse por "indígena"[159], y por primera vez también se contempla un mecanismo de recuperación de tierras indígenas correspondientes a títulos de merced, a través de la

[158] Martín Correa *et al*., "La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches. Chile 1962-1975", p. 31, en *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 436.

[159] El artículo 1° N° 3 de la Ley 17.729 señala: "Se tendrá por indígena... a la persona... que, habitando en cualquier lugar del territorio nacional, forme parte de un grupo que se exprese habitualmente en un idioma aborigen y se distinga de la generalidad de los habitantes de la República por conservar sistemas de vida, normas de convivencia, costumbres, formas de trabajo o religión, provenientes de los grupos étnicos autóctonos del país".

www.cepchile.cl

expropiación. Así, por este medio, entre el 4 de noviembre de 1970 y el 11 de septiembre de 1973, se expropiaron a favor o con participación mapuche, 138 predios, con una superficie de 132.116 hectáreas[160]. Por otra parte, esta ley suprimió los juzgados de indios, creó el Instituto de Desarrollo Indígena y elevó el quórum para la liquidación y partición de las comunidades de un tercio a la mayoría absoluta de los comuneros.

Como es sabido, el gobierno militar impulsó un proceso de contrarreforma agraria. En materia indígena, dicha contrarreforma implicó la devolución del 64,7% de las tierras anteriormente expropiadas en favor de los mapuches, el remate de tres predios ocupados por los mismos (correspondientes a una superficie de 1.478 hectáreas) y la parcelación de 63 predios (correspondientes a una superficie de 53.204,88 hectáreas[161]).

Conforme a una idea de desarrollo indígena no colectivista, el Decreto Ley 2.568 de 1979 buscó terminar con el régimen de propiedad indígena, fomentando la liquidación de las comunidades y la instauración de propiedades individuales[162]. Para tales efectos, estableció un procedimiento de división que podía comenzar a petición del Abogado Defensor de Indígenas ante el juez de letras competente o a requerimiento escrito de cualquiera de los ocupantes o comuneros efectuado al director regional de INDAP (Instituto de Desarrollo Agropecuario)[163]. Como consecuencia, entre 1979 y 1986, 1.739 comunidades, equivalentes al 59,6% del total y a 287.849,41 hectáreas, fueron divididas entre las provincias de Arauco y Osorno[164].

III.e) Situación actual: la Ley 19.253

A pocos días de la elección presidencial de 1989, el entonces candidato Patricio Aylwin suscribió con los representantes de diversas organizaciones indígenas el llamado "Compromiso de Nueva

[160] Véase *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 447.

[161] Correa *et al*., n. 158, p. 259, citado en *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 448.

[162] El Preámbulo del DL 2.568 señalaba como inspiración las siguientes consideraciones: "1°. La necesidad de terminar con la discriminación de que han sido objeto los indígenas, situación que la legislación vigente no ha permitido superar; 2°. El hecho que la denominada 'Propiedad Indígena' ha sido fuente de numerosos problemas, los que han constituido serias barreras para el progreso de la población indígena; 3°. La aspiración evidente de los indígenas de llegar a ser propietarios individuales de la tierra, comprobada por las divisiones de hecho que entre ellos han efectuado...".

[163] El Decreto Ley 2.568 suprimió el Instituto de Desarrollo Indígena y creó el Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP).

[164] Archivo de Asuntos Indígenas-Conadi citado en *ICVHNT-I.1*, n. 144, p. 39.

Imperial"[165]. En este instrumento las organizaciones indígenas se comprometieron a apoyar al futuro gobierno y a canalizar sus demandas a través de las instancias y mecanismos institucionales. Por su parte, la Concertación se comprometió, entre otras cosas, a obtener el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, a la creación de la Conadi (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) y de un Fondo de Etnodesarrollo para promover la política indígena.

Siguiendo los compromisos adoptados en Nueva Imperial, el 21 de diciembre de 1990 el primer gobierno de la Concertación envió al Congreso Nacional el Convenio 169[166]. Con fecha 7 enero de 1991 envió también un proyecto de reforma constitucional para darles reconocimiento a los pueblos indígenas en la Carta Fundamental[167]. Y, finalmente, por Mensaje de 15 de octubre de 1991, mandó el "Proyecto de Ley Relativo a la Protección, Fomento y Desarrollo de los Pueblos Indígenas" que se convertiría en la actual Ley 19.253[168].

Esta ley —que ha regido hasta nuestros días sin mayores alteraciones en su texto original— abarca la mayor parte de las materias que definen la "cuestión indígena" y de lo que han sido las reivindicaciones históricas de los pueblos originarios. Su análisis pormenorizado es complejo y excede el objetivo del presente trabajo, pero cabe destacar los siguientes aspectos de la ley:

- Define quiénes deben considerarse indígenas conforme a tres criterios: relación con la tierra indígena, apellido indígena y/o rasgos culturales indígenas y autoidentificación como indígena (artículo 2°).

[165] Este Compromiso fue suscrito por Patricio Aylwin, como candidato a la Presidencia de la República de la Concertación de Partidos por la Democracia y por representantes de organizaciones indígenas mapuches, huilliches, aimaras y rapa-nui, presentes en el Encuentro Nacional de Pueblos Indígenas, realizado en Nueva Imperial el 1 de diciembre de 1989.

[166] Boletín N° 233-10.

[167] Boletín N° 513-07. El proyecto de reforma constitucional fue rechazado y, aunque se han presentado otros nuevos proyectos para darles reconocimiento a los pueblos indígenas en la Constitución, éste aún no se ha concretado. Véanse Boletines N$^{os.}$ 2360-07 de 6 de julio de 1999; 4069-07 de 10 de enero de 2006; 5324-07 de 6 de septiembre de 2007; 5427 de 30 de octubre de 2007 y 5522-07 de 23 de noviembre de 2007.

[168] Boletín N° 514-01.

- Define cuáles deben ser consideradas tierras indígenas conforme a cuatro categorías: 1) las que son actualmente ocupadas en propiedad o posesión por individuos o comunidades indígenas en base a los títulos que la misma ley enumera; 2) las que históricamente han ocupado y poseen las personas y comunidades indígenas, siempre que sean inscritas en el Registro de Tierras Indígenas; 3) las que proviniendo de los títulos y modos indicados previamente, se declaren de propiedad de personas o comunidades indígenas por los tribunales de justicia; y 4) las que los indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito de parte del Estado (artículo 12).
- Establece restricciones a la enajenación y gravamen de las tierras indígenas (artículo 13).
- Reconoce la costumbre indígena como fuente de Derecho en materia civil y como antecedente para la aplicación de una atenuante o eximente de responsabilidad penal (artículo 54).
- Contempla la consulta a los pueblos indígenas respecto de materias que tengan "injerencia o relación con cuestiones indígenas" (artículo 34).
- Crea una serie de instituciones y mecanismos para la protección y promoción de los pueblos indígenas, entre ellos: 1) la *Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* (Conadi), servicio público descentralizado que básicamente tiene a cargo la creación, promoción y coordinación de las políticas gubernamentales dirigidas a los pueblos indígenas; 2) el *Fondo de Tierras y Aguas Indígenas*, eje central de la política indígena de los gobiernos de la Concertación[169], que ejecuta el programa de restitución de tierras y aguas a través de mecanismos tales como la compra directa de tierras, traspasos de tierras fiscales, subsidios para la ad-

[169] Como explica la DIPRES, *Informe Final de Evaluación Programa Fondo de Tierras y Aguas Indígenas*. *Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, agosto 2008, p. 119, "[d]esde sus inicios, el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas ocupó más del 50% de los recursos de dicha institución: desde esta perspectiva, es su programa más relevante", disponible en http://www.dipres.cl/574/article-38678.html (última visita 6 de marzo de 2010). Según datos de Libertad y Desarrollo, *Temas Públicos* N° 939, de 16 de octubre de 2009, el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas habría recibido el 58% del Presupuesto de la Conadi del año 2009 y el 64% del presupuesto del año 2010. Por su parte, el Fondo de Desarrollo Indígena habría recibido en promedio sólo un 5% del presupuesto de la Conadi durante el período 2004-2008.

www.cepchile.cl

quisición de predios, financiamiento de regularización de títulos, etc.[170]; 3) el *Registro Público de Tierras Indígenas*, donde deben inscribirse las tierras indígenas; 4) el *Fondo de Desarrollo Indígena*, administrado por la Conadi, que está destinado a financiar programas especiales de desarrollo; y, 5) las *Áreas de Desarrollo Indígena*, definidas como "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades" (actualmente son nueve, más una en trámite)[171].

Con posterioridad a la dictación de la Ley 19.253, los mayores hitos en materia de política indígena han sido la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato y el Programa Orígenes, ambos establecidos bajo la administración Lagos. La Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato fue creada el 2001 y contó con la participación de equipos multidisciplinarios, integrados por amplios sectores políticos y sociales. En su informe final (2003), se presenta la historia de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, y se sugieren propuestas para una nueva política respecto de los pueblos indígenas.

Por su parte, el Programa Orígenes fue creado el 2001 y tiene por finalidad "[m]ejorar de manera sostenible las condiciones de vida de las comunidades de los pueblos Aymara, Atacameño y Mapuche, en el área rural, y promover su desarrollo con identidad, particularmente en los ámbitos económico, social, cultural, ambiental y jurídico"[172]. Se trata de un esfuerzo integral, intersectorial y participativo, financiado

[170] Véase Artículo 20 de la Ley 19.253 y Decreto (Mideplan) N° 395 de 1993, que Reglamenta el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas. De acuerdo a la información de Conadi, se han entregado: 1) 27.240 hectáreas, correspondientes a MM$ 41.077 ($ de diciembre 2008) de conformidad al Artículo 20 letra a) (subsidios para la compra), y 2) 95.814,07 hectáreas, correspondientes a MM$ 126.814 ($ de diciembre de 2008) de conformidad al Artículo 20 letra b) (compra de tierras en conflicto), disponible en http://www.conadi.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=79&Itemid=67 (última visita 6 de marzo de 2010).

[171] El Fondo de Cultura y Educación no fue creado expresamente por la Ley 19.253, pero fue instituido por la Conadi en aplicación de su artículo 28. Su fin es incentivar, fortalecer, promover y difundir las culturas, idiomas y conocimientos indígenas a favor de la diversidad cultural.

[172] Dirección General de Presupuesto, *Síntesis Ejecutiva. Programa Orígenes*, junio 2004, p. 2. Véase también, Dirección General de Presupuesto, *Informe Final de Evaluación. Programa Orígenes. Ministerio de Planificación y Cooperación*, junio 2004, p. 5.

con préstamos del BID y contribuciones del Estado[173], que actualmente se encuentra en su segunda fase de implementación[174]. Abarca distintas dimensiones de la vida de los pueblos indígenas, incluyendo planificación local y territorial, proyectos comunitarios, productivos, culturales y de medicina tradicional. Comprende asimismo a diversos sectores del Estado, en los cuales busca crear capacidades para que "la atención a las personas y comunidades indígenas sea articulada, adecuada y con pertinencia cultural"[175].

Por su parte, el gobierno de Bachelet dio continuidad a una política centrada en la entrega de tierras, manteniendo el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas como el programa más importante en materia indígena. La ratificación del Convenio 169 constituye el cambio normativo más significativo de la saliente administración, especialmente comparado con el intento tardío por crear un Ministerio de Asuntos Indígenas y Agencia de Desarrollo Indígena (en reemplazo de la Conadi)[176] y el fallido "Código de Conducta Responsable para Inversiones en Tierras y Áreas de Desarrollo Indígena"[177].

En definitiva, esta reseña muestra cómo la cuestión indígena es de larga data en nuestro país. La legislación, variada y contradictoria, se ha destacado históricamente por ser errática y variante. En los últimos diecisiete años, la política indígena ha estado basada en un fondo de adquisición de tierras y aguas, fondo que a su vez ha estado enfocado en la compra de terrenos con "conflicto jurídico". En retrospectiva, el di-

[173] El presupuesto total del Programa Orígenes, incluyendo sus dos fases, asciende a $ 183.327 millones, de los cuales $ 79.720 millones provienen del BID. Véase presentación powerpoint de Fernando Quilaleo Aguirre, Coordinador Nacional del Programa Orígenes, 7 de febrero de 2008, disponible en http://www.impactalliance.org/ev_es.php?ID=45229_201&ID2=DO_TOPIC (última visita 6 de marzo de 2010).

[174] El "ejecutor" de la primera fase del Programa (2001-2006) fue Mideplan. El Programa Orígenes depende hoy de la Conadi y consta de dos Subprogramas: "Desarrollo Integral de Comunidades Indígenas" —que incluye fortalecimiento de comunidades y organización indígena, identidad cultural y desarrollo económico de familias y comunidades— y "Oferta Pública" —que incluye adecuación de instrumentos y prácticas de los servicios públicos y apoyo a iniciativas de institucionalización y sostenibilidad del modelo de intervención del programa—.

[175] Véase n. 169 (*Informe Final*...), p. 4. Como se explica ahí mismo, el Programa "intenta introducir la interculturalidad en las prácticas de las instituciones estatales, con las que conviven cotidianamente las comunidades y personas indígenas".

[176] Boletín N° 6726-06. El Mensaje fue enviado a la Cámara de Diputados el 29 de septiembre de 2009.

[177] El proyecto de Código fue entregado por Rodrigo Egaña, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, a la Presidenta Bachelet en abril de 2009.

seño se aprecia como propicio para producir una escalada de conflictos étnico-territoriales[178]: un subsidio creado sobre la base de "problemas relativos a tierras"[179] o "tierras en conflicto" promueve los problemas y los conflictos jurídicos[180]. Si a ello agregamos los problemas —si bien no en un sentido estricto, pero sí en forma más o menos próxima— de activos específicos y *hold-up*[181] que se derivan de un sistema de compraventas voluntarias[182], el resultado es una política pública explosiva, especulativa y distributivamente desastrosa[183]. La implementación del Convenio 169 constituye una nueva oportunidad para abordar la cuestión indígena; esta vez debemos intentar más seriamente darle una solución digna, honesta y perseverante.

IV. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN EL CONVENIO 169

Como ya lo anticipamos, este trabajo aborda dos de los derechos más complejos y conflictivos del Convenio 169: participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado —reconocido por los artículos 6 y 7— y recursos naturales —reconocido por el artículo 15—.

www.cepchile.cl

---

[178] Es muy factible que en el diseño de la Ley 19.253 se haya optado por la compra voluntaria y no por la expropiación dado el contexto en que el proyecto de ley fue enviado a tramitación al Congreso (1991): recién se había recuperado la democracia y aún estaban vigentes las aprensiones y resistencias a las expropiaciones, como consecuencia de las experiencias vividas durante la reforma agraria, especialmente bajo el gobierno de Salvador Allende.

[179] Véanse Artículo 20 letra c) de la Ley 19.253 y Decreto Supremo (Mideplan) Nº 395 de 1993, artículos 1 letra b) y 6.

[180] Se trata de un caso de riesgo moral o *moral hazard*.

[181] En entrevista otorgada al diario *La Nación*, 21 de agosto de 2009, el presidente de la Sociedad de Fomento Agrícola de Temuco, Gastón Caminondo, declaró: "Hay muchos dueños de predios que se están viendo forzados a vender y obviamente si me obligan a salir de donde estoy, voy a pedir una cantidad de dinero por lo que yo tengo. Quien esté dispuesto a pagar, bien y si no, no", disponible en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090821/pags/20090821004054.html (última visita, 21 de marzo de 2010).

[182] No se ha tomado conciencia del "desastre distributivo", a pesar que la DIPRES ha recomendado dos veces, en el 2001 y en el 2008, que se realice un estudio de mercado desagregado por regiones y por zonas. Pero es un hecho público y notorio que los precios que se han pagado por las tierras son muy altos. Así lo reconoce el propio diario de gobierno. Véase *La Nación*, 23 de agosto de 2009, "Precios de tierras en la Araucanía suben casi 300% este año", disponible en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090821/pags/20090821002057.html (última visita 20 de marzo de 2010).

[183] Para los problemas de activos específicos y *hold up*, véanse los trabajos clásicos de Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, y *The Mechanisms of Governance*, 1996.

A continuación analizaremos las distintas modalidades del derecho a participación, sus características relevantes, y finalmente presentamos nuestras consideraciones relativas a su implementación en el Derecho chileno.

IV.a. Las distintas modalidades del derecho a la participación en el Convenio 169

El derecho a la participación constituye un derecho colectivo genérico que tiene por objeto asegurar la intervención de los pueblos indígenas en las medidas estatales que los afecten de manera directa. El mayor o menor grado de intervención depende de la modalidad concreta que adopte el derecho a la participación. Así, en una escala progresiva, de menos a más, nos encontramos con el derecho a la *participación* propiamente tal, el derecho a la *consulta* y, finalmente, el derecho al *consentimiento previo, libre e informado*.

El derecho a la *participación* propiamente tal consiste en la libre concurrencia de los pueblos indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de planes, políticas y programas que los afecten directamente. El Convenio contempla este derecho en sus artículos 6.1.b y 7.1 segunda parte —participación en general—, artículo 22.2 —participación respecto a programas de formación—, 23.1 —participación respecto a actividades económicas tradicionales— y 27.2 —participación respecto a programas de educación—.

A su vez, el derecho a la *consulta* se traduce en la obligación de los Estados de solicitar la opinión de los pueblos indígenas en materia de planes, políticas y programas que los afecten directamente y se contempla en los artículos 6.1.a y 6.2 —consulta en general—, artículo 15.2 —consulta respecto de los recursos minerales— y artículo 17.2 —consulta respecto a la enajenación de tierras—.

Finalmente, el derecho al *consentimiento previo, libre e informado* que, como su propio nombre lo sugiere, implica una expresión vinculante por parte de los pueblos indígenas, es recogido por el Convenio en su artículo 16.2 —consentimiento para el traslado y reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras—.

www.cepchile.cl

IV. b. Características del derecho a la participación en el Convenio 169

El derecho a la participación en su sentido genérico reconocido por el Convenio 169 —que incluye participación propiamente tal, consulta y consentimiento previo— presenta al menos diez características que ameritan una revisión detenida.

1. Se trata de un principio inspirador del Convenio 169

El derecho a la participación es un principio general que inspira el Convenio 169 y que es primordial para su interpretación y aplicación[184]. De hecho, el mismo Convenio, en su Capítulo Primero "Política General", artículo 2°, dispone que los gobiernos deben 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. Es un derecho autoejecutable y plenamente justiciable

Como señalamos en el capítulo II del presente trabajo, el Convenio 169 es un tratado de derechos humanos y, como tal, es autoejecutable conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución[185]. De este modo, las normas sobre participación que consagra el Convenio forman parte del ordenamiento interno de nuestro país.

Además, los derechos a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado no sólo son autoejecutables sino que, además, plenamente justiciables. Aunque los procedimientos de participación en su sentido genérico pueden y deben ser regulados en detalle mediante ley o reglamento, dichas normativas no son esenciales para la existencia de ese derecho. Es decir, el derecho a la participación no depende de la creación y establecimiento de una política pública por parte de los órganos políticos del Estado. La participación puede siempre ser estructurada directamente por los órganos públicos llamados a aplicar el Convenio 169 mediante procesos *ad-hoc* de participación.

De este modo, los tribunales nacionales tendrán competencia para pronunciarse sobre aquellas medidas que, afectando directamente a los

[184] Véase *Guía Corta*, n. 50, 14.

[185] Véase *supra* la discusión detallada sobre la materia planteada en la sección II.e, nn. 133-142 y texto acompañante.

www.cepchile.cl

pueblos indígenas, no han contado con su participación en sentido genérico en los términos del Convenio 169. Así, por ejemplo, los tribunales ordinarios podrán eventualmente decretar la nulidad de aquellas decisiones administrativas que no han contado con la participación indígena y el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley que no haya sido consultada a las comunidades interesadas.

3. Se aplica respecto de materias que afecten *directamente* a los pueblos indígenas

El derecho a la participación sólo se ejerce respecto de materias que afecten *directamente* a los pueblos indígenas[186]. Es lógico que así sea, porque de otro modo cualquier medida o decisión que pretenda adoptar el gobierno tendría que contar con la participación de los pueblos originarios.

El punto central es distinguir las materias que afecten *directamente* a los pueblos indígenas de las que lo hagan sólo indirectamente. Dado que no es posible encontrar un criterio general, debe emplearse, conservadoramente y de buena fe, un análisis casuístico que resguarde los derechos que se reconocen a los pueblos originarios. Conforme al espíritu del Convenio 169, deben ser los propios pueblos indígenas quienes asuman el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.

Finalmente, al hablarse de pueblos indígenas interesados o afectados directamente, se hace alusión a la comunidad o las comunidades concretas sobre las cuales recaerá o aplicará el respectivo plan, programa, proyecto o política. Así, si se trata de un proyecto de inversión que se pretende desarrollar en el Alto Biobío, serán las comunidades allí ubicadas las que tendrán derecho a expresarse sobre el mismo y no todo el pueblo mapuche, aunque tales comunidades pertenezcan a dicho pueblo. Por el contrario, si se trata de una política de fomento de la enseñanza del mapudungun a nivel nacional, obviamente el derecho a la

[186] Así, por ejemplo, los artículo 6.1.a), 6.1b) y 7.2, señalan en forma expresa que debe tratarse de medidas que afecten "directamente" a los pueblos indígenas o que "les conciernan". En el caso de otros artículos —como el 17.2 o el 23.1— que si bien no utilizan vocablos como "directamente" u otros análogos, dicha idea se desprende de su texto al estar referidos a materias propias del interés de los pueblos indígenas, como sus tierras o sus actividades económicas.

www.cepchile.cl

participación les asistiría a todas las comunidades mapuches a lo largo del país.

4. Debe verificarse respecto de medidas administrativas y legislativas, nacionales o regionales y en todos sus niveles

El derecho a la participación en sentido genérico se plantea respecto de medidas legislativas y administrativas. Así, el derecho a la participación aplica a los entes colegisladores y a la actividad de todos los órganos integrantes de la administración del Estado —centralizada y descentralizada, concentrada y desconcentrada—, incluidas las municipalidades y empresas del Estado.

De acuerdo al artículo 7.1, el derecho a la participación se exige para planes y programas de desarrollo tanto nacional como regional, debiendo entenderse este último vocablo no como referido a la región en su sentido estricto de división político-administrativa de nuestro país, sino como sinónimo de 'local' en contraposición de lo nacional. Por otra parte, conforme al artículo 6.1 letra a), este derecho debe verificarse en "todos los niveles", es decir, en todas las etapas o fases de una política pública, desde su concepción y diseño, pasando por su implementación, desarrollo y aplicación, como también por su evaluación[187]. De esta manera, el Convenio busca darle la mayor amplitud al derecho a la participación, evitando que quede acotado a fases específicas del desarrollo de las políticas públicas.

5. No obliga directamente a los privados

Como hemos visto en el punto anterior, el Convenio impone la obligación de participación respecto de medidas legislativas y administrativas. De este modo, obliga en forma directa únicamente a los entes públicos, entendiendo por tales a los órganos de la administración del Estado, en todos sus niveles, al Congreso Nacional y a las municipalidades.

No obstante lo anterior, los privados sí podrían verse afectados por las normas de participación que establece el Convenio, por vía indirecta, cuando se trate de medidas administrativas y legislativas que les sean aplicables a sus proyectos.

[187] Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*, 2003, p. 19 [en adelante, OIT, *Manual Convenio 169*].

www.cepchile.cl

6. No se traduce en un derecho a veto, salvo tratándose del caso de consentimiento previo, libre e informado

El derecho a la participación en sentido genérico —con la excepción de la modalidad de consentimiento previo, libre e informado— no se traduce en un derecho a veto por parte de los pueblos indígenas. Ello se infiere del artículo 6.2 del Convenio 169, conforme al cual la consulta tiene "la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", pero sin imponer la obligación de alcanzar tal acuerdo o de obtener tal consentimiento[188].

7. Debe realizarse de buena fe y por medio de procedimientos apropiados

El artículo 6.2 dispone que las consultas deben "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". Lo anterior significa que, aunque la participación no implica un derecho a veto, debe necesariamente efectuarse de manera tal que no sea un mero trámite desprovisto de la seria intención de obtener la opinión informada de los pueblos indígenas.

Los gobiernos, al consultar a los indígenas, deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser plenamente comprendida. Asimismo, los órganos estatales no deben consultar a cualquiera que diga representar a las comunidades afectadas. Las consultas deben emprenderse con organizaciones e instituciones genuinamente representativas, que estén habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas[189].

8. Implica un poder de negociación

La participación lleva implícito un poder de negociación para los pueblos indígenas. De acuerdo al *Manual Convenio 169* elaborado por la OIT, el tratado "dispone el espacio necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan negociar para proteger sus derechos"[190].

[188] Véase OIT, *Guía Corta*, n. 50, pp. 14-15.

[189] Véase OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 15. Véase también OIT, *Manual Convenio* 169, n. 187, p. 22.

[190] OIT, *Manual Convenio 169*, p. 17.

www.tirant.cl

Este poder de negociación se infiere del mismo artículo 6.2 en cuanto señala que las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Sin la posibilidad de negociación, a los indígenas no les quedaría más alternativa que aprobar o rechazar (aunque no vetar) la respectiva medida en bloque, sin poder discutir en forma pormenorizada su contenido, lo que es incompatible con el espíritu del Convenio 169.

9. La forma concreta que adopte la participación queda entregada a cada Estado

La forma o procedimiento concreto que adopte la participación en sentido genérico depende de cada Estado. De hecho, es el propio Preámbulo del Convenio 169 el que señala que las aspiraciones de los pueblos indígenas deben desarrollarse "dentro del marco de los estados en que viven"[191]. Los artículos 33 y 34 del mismo texto así lo ratifican: conforme al primero, los Estados contratantes tienen la obligación de establecer las instituciones y mecanismos para administrar los programas que dispone el Convenio; conforme al segundo, que establece el "principio de flexibilidad", todas las medidas que se adopten conforme al Convenio deben tener en cuenta las condiciones propias de cada país.

10. Innova respecto al derecho a la participación contemplado en la Ley Indígena

El derecho a la participación del Convenio 169 es más favorable a los pueblos indígenas que el derecho equivalente previamente reconocido por nuestro sistema legal. En efecto, el Párrafo I del Título V de la Ley Indígena 19.253 de 1993 se refiere al derecho a la participación indígena. En su artículo 34 establece el derecho a la consulta en los siguientes términos:

> Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar

[191] El Preámbulo señala que el Convenio se adopta "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

www.cepchile.cl

> y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios[192].

El contraste de las normas de participación de la Ley 19.253 con las del Convenio 169 lleva a la conclusión de que estas últimas implican una innovación en al menos tres dimensiones relevantes. En primer lugar, el Convenio 169 establece la consulta como un trámite necesario no sólo para los "servicios de la administración del Estado" sino además para el Congreso Nacional y todo otro órgano estatal. En segundo lugar, el Convenio exige el consentimiento previo, libre e informado tratándose del traslado y reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras. En tercer lugar, el Convenio otorga al derecho a la participación una fuerza y *connotación jurídica especial*; como ya hemos visto, la participación del Convenio debe hacerse de buena fe, por los procedimientos apropiados y, sobre todo, buscando llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas o lograr su consentimiento[193].

IV.c. Implementación del derecho a participación establecido en el Convenio 169 en el Derecho chileno

Dado que el Convenio 169 es autoejecutable y justiciable en materia de participación, entonces todo cuanto hemos explicado en el acápite precedente es ley de la República. En vista además que nuestra

---

[192] Por su parte, el artículo 35 de la misma ley se refiere a la participación que deben tener las comunidades indígenas en la administración de las áreas silvestres protegidas ubicadas en áreas de desarrollo indígena (ADIS), entregando la determinación de dicha participación a la CONAF, al SAG y a la Conadi, actuando de común acuerdo y caso a caso.

[193] Así lo constató el Tribunal Constitucional, *Sentencia Rol 309*, n. 82, considerando 7°: "La argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículos 34, 39, letra j), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de *la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo*. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante stricto sensu si (sic) *tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°*...". (énfasis agregado).

www.cepchile.cl

Ley N° 19.253 no pasa los estándares del Convenio 169 —al menos parcialmente—, debe concluirse que es el propio Convenio el que rige en calidad de *lex posteriori*. Más aún, en cuanto tratado de derechos humanos, el Convenio 169 es inderogable y no-inaplicable tanto por el legislador como por los tribunales (salvo el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Por ende, los órganos del Estado deben cumplir con los estándares de participación, consulta y consentimiento previo e informado definidos por el Convenio 169. A este respecto, cabe hacer notar que mientras no se dicten las normas reglamentarias que precisen y detallen apropiada y autoritativamente los procedimientos exigidos por el Convenio 169, se corre el riesgo de viciar de nulidad e inconstitucionalidad los actos estatales que incidan directamente sobre los pueblos indígenas. En ausencia de tales normas generales de procedimiento, las autoridades administrativas deberán tener especial cuidado en cumplir caso a caso con los estándares establecidos en los artículo 6 y 7 del Convenio 169.

A nivel legislativo, el derecho a la participación debe observarse en el proceso de tramitación de las leyes, cuya reglamentación, de acuerdo al artículo 55 de la Constitución, se encuentra entregada a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. De este modo, en la discusión de los proyectos de ley que afecten directamente a los pueblos indígenas se deberá prever una instancia de participación para los mismos, instancia que, según lo dicho, podrá tener lugar y contar con las características y procedimientos que el mismo Congreso considere adecuados para el cumplimiento del Convenio 169[194].

A nivel administrativo, cabe referirse obligadamente al artículo 34 de la Ley Indígena[195] y su nuevo *Reglamento de Consulta y Participación*. Como señalamos más arriba y como el propio Tribunal Constitucional lo reconociera, el Convenio 169 innovó en materia de derecho a participación, con lo cual el artículo 34 debe entenderse tácitamente

[194] Discrepamos de la opinión del Tribunal Constitucional sostenida en la *Sentencia Rol 309*, n. 82, y *Sentencia Rol 1050*, n. 134, en cuanto a que el artículo 6.1.a del Convenio 169 sería modificatorio del artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, referido a la facultad de las *comisiones* para reunir antecedentes, solicitar informes y oír a las personas e instituciones que estime conveniente. El Convenio 169 no obliga a las *comisiones* a dar participación a los pueblos indígenas, sino al Congreso. Por ello, bien puede el Congreso dar lugar a la participación de una manera distinta a la prevista en el citado artículo 22. En el mismo sentido, Correa, "Informe de Constitucionalidad", n. 129.

[195] Véase sección IV.b. número 10.

derogado (al menos en su primera parte). De este modo, el nuevo reglamento, que intenta ejecutar una norma legal parcialmente derogada, corre el serio riesgo de ser nulo de nulidad de Derecho público. Debe notarse que se tomó razón del referido reglamento el 22 de septiembre de 2009 cuando el Convenio 169 ya estaba vigente. Más aún, como el mismo reglamento reconoce en sus considerandos y en su artículo transitorio, el mismo no fue sometido a consulta, por lo que su validez es más que discutible.

Más allá de su invalidez formal un tanto vergonzosa, creemos que el *Reglamento de Consulta y Participación* comete todos los errores que debían evitarse. En vez de crear un procedimiento que tratara a los pueblos indígenas con la dignidad que corresponde y que se constituyera en un *benchmark* nacional en materia de participación ciudadana, el citado Reglamento aparece como un absurdo intento de última hora por burlar el derecho de participación de los pueblos indígenas. El hecho que además se hayan excluido de su aplicación las empresas del Estado y las municipalidades termina por desafiar la lógica y las intenciones detrás de su promulgación. No es sorprendente, entonces, que algunas de las ONG del ramo hayan reaccionado virulentamente contra este reglamento[196].

Chile debe tomar en serio los compromisos internacionales que voluntariamente asumió en materia indígena. Es hora de enmendar el rumbo y hacer cumplir los artículos 6 y 7 del Convenio 169 que son leyes de la República. Es tiempo de cambiar la lógica burocrática y secretista del Derecho administrativo chileno en lo que respecta a los reglamentos, y reemplazarla por una lógica democrática y participativa. No debemos temer a establecer procedimientos abiertos que permitan a la autoridad tomar contacto directo con los afectados e interesados.

V. EL DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES EN EL CONVENIO 169

El segundo grupo de derechos consagrados en el Convenio 169 que revisaremos en este trabajo son los que el artículo 15 reconoce respecto a los recursos naturales[197]. Estos derechos de los pueblos

[196] Véase, por ejemplo, http://www.politicaspublicas.net/panel/imp/392-decreto-124.html. Para una postura más moderada, véase Matías Meza-Lopehandía, *El Reglamento sobre Consulta a Pueblos Indígenas Propuesto por el Gobierno de Chile, la Buena Fe y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2010.

[197] Ver artículo 15 citado en p. 8.

indígenas constituyen una de las dimensiones más controvertidas de este tratado, sobre todo por constituir una fuente de incertidumbre para aquellos proyectos de inversión a desarrollarse en tierras indígenas[198]. Una inadecuada implementación del tratado a este respecto puede conllevar una enorme pérdida de oportunidades de crecimiento económico para el país y especialmente para los propios pueblos indígenas. Revisaremos a continuación el concepto de "tierras", los derechos indígenas sobre sus propios recursos naturales y los derechos que se les reconocen en relación con los recursos naturales estatales que se ubiquen en sus territorios.

V.a. El concepto de "tierras" para efectos de la aplicación del artículo 15

El artículo 15 consagra derechos en favor de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales "existentes en sus/las tierras". Como cuestión preliminar es entonces crucial determinar el significado que para el Convenio tiene la voz "tierras".

El Derecho internacional indígena, como hemos explicado, tiene como uno de sus objetivos principales proteger la identidad cultural y las formas de vida de los pueblos indígenas, particularmente los componentes espaciales y políticos de dicha identidad y formas de vida[199]. El Convenio 169 exige así a los gobiernos "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios" (artículo 13.1). Les exige también reconocer a los pueblos indígenas "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", incluyendo las tierras no exclusivamente ocupadas a las que "hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (artículo 14.1).

www.cepchile.cl

---

[198] Véase OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 24 (reconociendo que "[é]sta [en referencia al artículo 15] es una disposición muy delicada").

[199] Véase n. 177 y texto acompañante. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "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 sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural" (*Sawhoyamaxa*, n. 24, considerando 118).

Respecto al alcance del término “tierras” de los artículos 15 y 16, el artículo 13.2 del Convenio señala que este término “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”. Esta definición proviene del Convenio 107 de la OIT[200], predecesor directo del Convenio 169, y su importación a este tratado fue objeto de prolongadas negociaciones. La solución finalmente adoptada se caracteriza por su amplitud para ser aplicada a las diferentes situaciones en las que se encuentran los pueblos indígenas, incluyendo tanto pueblos sedentarios como nómades (la situación es obviamente más compleja respecto de estos últimos). Esto se ve confirmado por el principio de flexibilidad que se reconoce en el artículo 34 del Convenio[201], que exige tomar en cuenta la realidad y condiciones propias de cada país y de cada pueblo indígena[202].

En definitiva, el Convenio 169 reconoce tres niveles de derechos sobre las tierras, que nosotros “etiquetamos” aquí en los siguientes términos: a) “Propiedad tradicional”: derecho exclusivo y excluyente sobre las tierras *tradicionalmente* ocupadas por los pueblos indígenas[203]; b) “Servidumbre tradicional”: derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (esta “servidumbre tradicional” es especialmente relevante tratándose de pueblos indígenas que se han dedicado al pastoreo, caza y recolección[204]); y, c) “Derecho

www.cepchile.cl

[200] *Convenio 107 de la OIT Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*, 1957.

[201] Artículo 34 del Convenio 169: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

[202] OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 21.

[203] Según se explica en OIT, *Manual Convenio 169*, n. 187, p. 31, la Corte Suprema de Australia ha declarado que la ocupación o posesión tradicional de la tierra por parte de los indígenas constituye un título válido para el *common law* australiano, siempre que los pueblos aborígenes hayan mantenido su conexión con la tierra durante los años del asentamiento europeo y que dichos títulos no hayan sido extinguidos por disposiciones legítimas de los gobiernos imperial, estatal, territorial o del *commonwealth*.

[204] El Artículo 14.1 parte final indica que “[a] este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. La frase “en los casos apropiados” de la oración anterior de este artículo debe leerse también en el contexto del artículo 23 que establece el reconocimiento y fortalecimiento de las actividades tradicionales, inclusive la caza y el pastoreo.

al hábitat": un derecho de contenido difuso sobre "el hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna otra manera", cuyo contenido depende de los artículos 15 (recursos naturales) y 16 (derecho al no-traslado). Además, los pueblos indígenas gozan de un derecho a que el Estado les asigne tierras cuando las que dispongan "sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico"[205].

V.b. El derecho de los indígenas a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales existentes en sus tierras (artículo 15.1)

La clave de interpretación del artículo 15 radica, como hemos visto, en que el Derecho internacional protege la identidad cultural y las formas de vida de los pueblos indígenas. Dada la relevancia que los recursos naturales tienen en la identidad y forma de vida de dichos pueblos, el Derecho los reconoce como una dimensión esencial de los intereses a los que se otorga protección. Esta observación constituye un punto clave tanto para no *restringir* los derechos de los pueblos indígenas como para *no ampliarlos* más allá de lo debido.

En materia de recursos naturales no estatales, el artículo 15.1 contempla la "protección" de los "derechos" sobre los recursos naturales existentes en tierras indígenas, incluyendo la "utilización, administración y conservación" de los mismos. Una interpretación razonable de este artículo exige distinguir el "nivel" de derechos sobre la tierra —"propiedad tradicional", "servidumbre tradicional" o "derecho al hábitat"— y el tercero a quien se opone el derecho —Estado o privados—. Conforme a esta distinción se puede plantear la Tabla titulada Derechos indígenas y recursos naturales, que aparece en la página siguiente.

El Convenio 169 no entrega más contenido o detalle que lo que brevemente se indica en esta matriz, por los que consideramos que se trata de una interpretación razonable a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como se sostiene en la *Guía para la Aplicación del Convenio Nº 169*, los países mantienen la libertad de implementar el artículo 15.1 conforme a los principios y conceptos propios de cada sistema legal doméstico, especialmente en el

[205] Artículo 19.a) del Convenio 169. La letra b) establece el derecho a "el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen".

www.cepchile.cl

TABLA: DERECHOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES

	Frente al Estado (Estado como autoridad)	**Frente a los particulares** (Incluyendo Estado como propietario privado)
Propiedad tradicional	• *Utilización, administración y conservación limitada*: Derecho a la propiedad, especialmente frente a regulaciones estatales que puedan poner en riesgo la identidad cultural y forma de vida. Deber de respetar regulaciones estatales razonables sobre la propiedad.	• *Utilización, administración y conservación ilimitada*: Derecho a la no interferencia, de carácter cuasi-absoluto (como en el caso del derecho de propiedad clásico).
Servidumbre tradicional	• *Utilización, administración y conservación limitada*: Derecho al contenido de la servidumbre, especialmente frente a regulaciones estatales que puedan poner en riesgo la identidad cultural y forma de vida. Deber de respetar regulaciones estatales sobre la propiedad subyacente y sobre la servidumbre misma.	• *Utilización, administración y conservación limitada*: Derecho a la no interferencia, de carácter relativo, conforme al contorno de la servidumbre tradicional.
Derecho al hábitat	• *Conservación:* Derecho a exigir que el Estado regule el uso de la propiedad vecina de manera que se conserven los recursos naturales propios y propiedad o servidumbre tradicional de los indígenas y no se ponga así en riesgo la identidad cultural y formas de vida indígena.	• *Conservación*: Derecho a exigir que la utilización de las tierras vecinas no afecte la conservación de los recursos naturales propios y propiedad o servidumbre tradicional de los indígenas y no ponga en riesgo la identidad cultural y formas de vida indígena. No incluye el derecho a utilizar ni administrar recursos naturales que se encuentren en propiedades vecinas.

www.upchile.cl

contexto de los derechos sobre las tierras que estos pueblos tienen y de su capacidad para ejercerlos[206].

En cualquier caso, la situación de los derechos a los recursos naturales indígenas no parece muy distinta que la de los mismos derechos no-indígenas, al menos en cuanto a su contenido legal (sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto al "derecho al hábitat"). La

[206] De acuerdo a la OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 24, esta disposición "está redactada en términos no muy precisos porque debe adaptarse a las diversas situaciones nacionales... Está claro que existe el derecho [a los recursos naturales]. Pero específicamente en qué consiste este derecho deberá definirse en el marco de cada ordenamiento jurídico nacional, en el marco de los derechos sobre las tierras que estos pueblos tienen y en el marco de su capacidad para ejercer estos derechos".

misma tabla podría usarse para describir la relación de un propietario no-indígena sobre sus recursos naturales conforme al Código Civil. De modo que la diferencia más relevante en lo que respecta al artículo 15.1 parece encontrarse a nivel de monitoreo y *enforcement* de la ley[207]. El Estado tiene el deber especial de dar protección a los indígenas en la utilización, administración y conservación de sus recursos naturales, no siendo suficiente la simple garantía del acceso a los tribunales como lo es respecto de los propietarios no-indígenas (quienes se "defienden solos").

V.c. Los derechos de los pueblos indígenas y los recursos naturales estatales que se encuentren en sus tierras (art. 15.2)

El artículo 15.2 regula los derechos de los pueblos indígenas en relación con los recursos naturales estatales existentes en tierras indígenas. Dentro de estos recursos se encuentran las minas e hidrocarburos[208], las aguas de la generalidad de ríos y lagos, los recursos pesqueros —que, aunque *res nullius*, están bajo tutela estatal—, entre otros. La disposición en comento trata los siguientes tres derechos: consulta, indemnización de perjuicios y participación en los beneficios.

La primera parte del artículo 15.2 se refiere al derecho a la consulta que tienen los pueblos originarios[209]. Tratándose de una manifestación del derecho más general a la consulta, nos remitimos a lo ya expresado en la sección cuarta de este trabajo. Sólo cabe agregar aquí dos cosas: primero, el derecho a la consulta resulta igualmente aplicable ya sea que se trate de una "propiedad tradicional", "servidumbre tradicional" o "derecho al hábitat"; segundo, si bien la consulta no otorga derecho a veto, el artículo 16 del Convenio 169 impide el traslado o desplazamiento de los pueblos indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado.

La segunda parte del artículo 15.2 dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho a "percibir una indemnización equitativa por

[207] Esta diferencia podría fundarse en el uso de la palabra "especialmente" en el artículo 15.1 del Convenio 169.

[208] En Chile, el artículo 19 N° 24 inc. 6° de la Constitución dispone que "[e]l Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas".

[209] Véase p. 8.

www.cepchile.cl

cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades [de terceros sobre los recursos naturales estatales]". Se trata entonces de una norma que exige que cualquier prospección o explotación de recursos naturales estatales que se autorice en tierras indígenas deba ir acompañada del pago de todos los daños y perjuicios causados a los pueblos originarios.

En este punto existen diferencias importantes entre los distintos niveles de derechos sobre las tierras. Tratándose de la "propiedad tradicional" o "servidumbre tradicional", el vínculo de causalidad entre la prospección o explotación y el daño causado será fácilmente demostrable. Por ejemplo, una explotación minera causará un daño superficial relativamente evidente sobre los propietarios superficiales[210]. Pero, en el caso del "derecho al hábitat", el vínculo causal será difícil aunque no imposible de acreditar. Así, una faena minera realizada en terrenos vecinos podría llegar a producir contaminación acústica o sobre las aguas que también cause perjuicios en tierras indígenas.

Finalmente, la segunda parte del artículo 15.2 establece que "[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades [relativas a recursos naturales estatales]". Según ya afirmamos, la frase "siempre que sea posible" implica que no estamos ni frente a un derecho humano ni tampoco frente a un derecho subjetivo público[211]. En otras palabras —y según lo reconoce la propia OIT—, los gobiernos mantienen la libertad de decidir si los pueblos indígenas se benefician o no de la explotación de los recursos naturales estatales que se encuentren en sus tierras[212].

V.d. Implementación del artículo 15

Independientemente de la autoaplicabilidad del artículo 15 del Convenio 169, la pregunta crucial de esta sección se refiere a si nuestra Ley N° 19.253 y las demás normas de nuestro sistema relativas a propiedad sobre bienes raíces y recursos naturales constituyen una implementación suficiente del Convenio 169.

---

[210] No debe olvidarse que en Chile, conforme al artículo 122 del Código de Minería, "[l]as servidumbres se constituirán previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona".

[211] Véase *supra* nn. 127 y 128 y texto acompañante.

[212] OIT, *Guía Corta*, n. 50, p. 25.

Los mínimos del Convenio 169 sobre este punto deben dividirse en dos grupos: las exigencias de Derecho público/justicia distributiva de creación de títulos[213] y las exigencias de Derecho privado/justicia correctiva de creación de un estatuto que dé protección a la propiedad indígena (esto es, a los títulos existentes).

En cuanto a las exigencias de Derecho público, aunque no nos hemos referido en detalle a nuestra legislación de tierras indígenas por escapar al ámbito de este trabajo, la reivindicación de territorios indígenas constituye un presupuesto básico del derecho a los recursos naturales. Considerando el principio de flexibilidad contemplado en el artículo 34 del Convenio 169, nos parece que en general nuestra Ley N° 19.253 —en especial sus artículos 12 y 19— supera los estándares mínimos del Convenio.

Ahora bien, como hemos señalado, la forma en que se encuentra diseñada dicha ley ha generado un gran número de conflictos étnico-jurídicos. Por ello, la puesta en marcha del Convenio 169 es una invitación a modificar el esquema de reivindicación de tierras utilizado en estas últimas dos décadas, que ha dado lugar a conflictos y enriquecimiento injusto. La "propiedad tradicional" indígena, cuando resulte procedente reivindicarla, debe adquirirse vía expropiación y no por compraventa voluntaria[214]. Por su parte, la referencia directa o indirecta a tierras con conflicto debiera eliminarse de nuestra política pública.

Enseguida consideramos que el derecho a los beneficios establecido en el artículo 15.2 del Convenio 169 no debe implementarse en nuestro país. No se trata de un derecho humano ni tampoco de un derecho subjetivo, sino de una mera disposición odiosa que establece un *spot-redistribution*: quitar a A para dar a B. Como explica Tribe, la cláusula de expropiación previo pago de indemnización y conforme a fines públicos ha tenido tradicionalmente por finalidad evitar la redistribución directa (incluyendo los *spot-redistributions*[215]).

En nuestra opinión, no se trata de negar la redistribución en favor de los pueblos indígenas (todo lo contrario, como hemos argumentado en estas páginas), sino que dicha redistribución se haga con cargo al erario nacional, vale decir, financiada por todos los chilenos. Como últi-

[213] La reivindicación de tierras sobre fundamentos políticos y morales (y no jurídicos) la consideramos como una forma de creación de títulos y no como una reivindicación en sentido estricto. Pertenece por ello al universo del Derecho público y de la justicia redistributiva.

[214] Véase *supra* n. 183.

[215] Tribe, n. 128, pp. 166-167.

mo recurso, de existir voluntad política para establecer un derecho a los beneficios, debe romperse la negociación bilateral y recurrirse a un sistema de fondos o a un impuesto de recaudación definido objetivamente y *a priori*[216].

En cuanto a los mínimos de Derecho privado/justicia correctiva, consideramos que, de acuerdo a lo ya dicho, los conceptos de propiedad clásica y servidumbres regidos por el Código Civil cumplen con los mínimos del Convenio 169, sin perjuicio de que puedan hacerse esfuerzos adicionales por crear un estatuto más apropiado a la realidad de los pueblos indígenas. Ahora bien, el "derecho al hábitat" sí requiere de mayor implementación, por cuanto nuestras normas generales de protección de la propiedad frente a externalidades negativas y relaciones de vecindad son incompletas[217]. El derecho sobre los recursos naturales, tanto sobre los recursos propios como sobre los estatales, sigue en esto la misma regla.

En todo caso, desde una perspectiva de políticas públicas, resulta crucial definir el alcance y extensión de los derechos indígenas sobre la propiedad y los recursos naturales con todo detalle, incluso yendo más allá de las definiciones que otorga el Derecho privado, pues como se desprende del teorema de Coase, pocas cosas hay peores que los derechos de propiedad mal o incompletamente definidos. Esto exige determinar la conveniencia de al menos tres cosas. Primero, definir los *remedios*[218] que se otorgarán a la propiedad indígena, en especial si éstos se reducen a la indemnización de daños y perjuicios o también si se incluyen obligaciones de hacer y prohibiciones[219]. Segundo, tratándose del desarrollo de

www.cepchile.cl

[216] Un ejercicio interesante a este respecto puede encontrarse en el *Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el pago de un impuesto específico de beneficio municipal por la instalación de una central generadora de energía eléctrica* (Mensaje N° 1650-357 de 4 de noviembre de 2009, Boletín N° 6823-08).

[217] A este respecto, el *common law* tiene un desarrollo más sofisticado de las externalidades negativas y las relaciones de vecindad. Existe una regulación especial de Derecho privado que se articula bajo los conceptos de *public* y *private nuisance*.

[218] Seguimos acá un término del *common law*. En el mundo anglosajón, comprobada la infracción al Derecho, el juez tiene un importante ámbito de libertad para establecer cuál es el *remedy* o *relief* más apropiado, incluyendo la indemnización de perjuicios, la mera declaración y los casos más estrictos de restitución, *injunctions* y *specific performance* (cumplimiento forzado), entre otros.

[219] Esto es, en nomenclatura de Calabresi y Melamed, cuándo opera como regla de responsabilidad y cuándo como regla de propiedad. Véase Guido Calabresi y Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 1972. Existen otros remedios posibles, como *puts* y *calls*. Véase Ian Ayres, *Optional Law. The Structure of Legal Entitlements*, 2005.

nuevas actividades en tierras vecinas, establecer la protección del derecho al hábitat de los pueblos indígenas por la vía administrativa y como condición previa al desarrollo de tales actividades. Y, tercero, determinar la situación de los usos vecinos actualmente en curso y si los mismos serán afectados o no por la nueva legislación indígena.

En definitiva, uno de los grandes desafíos de una buena política pública indígena es articular dos objetivos a veces contrapuestos: proteger los derechos de los pueblos originarios y promover su desarrollo económico incluyendo el de su entorno. Una política mal diseñada o mal implementada puede fácilmente transformarse en un factor de retroceso más que de avance; de eso no cabe duda. Pero, como dice el refrán, "el diablo está en los detalles". Una protección intensa y apropiadamente definida de la propiedad sobre la tierra y de los derechos sobre los recursos naturales propios y estatales no es incompatible con el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas.

Conclusiones

En este artículo hemos intentado presentar una visión panorámica del Convenio 169. Hemos revisado el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional como gobernanza global, la historia del Derecho indígena chileno y su estado actual, para finalmente adentrarnos en los problemas específicos relativos a la implementación del Convenio 169 en materia de derecho a participación y recursos naturales.

La revisión de nuestro Derecho nos deja con una sensación de insatisfacción. La historia de desaciertos institucionales característica de nuestro pasado parece mantenerse inalterada en el presente. Uno de los momentos cúlmines de esta historia ocurrió en septiembre de 2009, cuando, en vez de decidirse por desarrollar una sólida política pública nacional en materia de participación, el gobierno aprobó el Convenio 169 para incumplirlo *inmediatamente después* en su aplicación interna con el *Reglamento de Consulta y Participación*.

No sería raro además que, autoconfundidos por el propio fraude que hemos hecho al Convenio 169 en materia de participación, terminemos por esforzarnos en implementar lo que no debe tomarse del Convenio: la participación en los beneficios de la explotación de recursos naturales estatales por parte de terceros, que, como hemos repetido va-

www.cepchile.cl

rias veces, no es un derecho humano, no es un derecho subjetivo y sí es, en cambio, una pésima política pública. Cuando las cosas se hacen mal, es frecuente que se hagan mal para lado y lado: se frustra lo que debía hacerse apropiadamente y se implementa lo que no debe tocarse.

Al final del día, todo parece indicar que mientras no tomemos conciencia de la importancia, fundamento y justificación de los derechos indígenas, no podremos cambiar el rumbo de los acontecimientos. En este sentido, el esfuerzo de este trabajo ha sido precisamente ése: ayudar a tomar conciencia de qué es realmente lo que está en juego en materia de derechos indígenas ahora que nos corresponde implementar el Convenio 169, incluyendo, como dice Sierra, todos los "peligros y oportunidades"[220]. Tratamos, en definitiva, de ser parte de ese proceso dialéctico que Reisman describe en los siguientes términos:

> Los derechos de los indígenas están siendo tardíamente reconocidos a favor del proceso dialéctico que trae los derechos humanos a la conciencia popular como la apremiante situación de individuos y grupos que han sido empujados a los márgenes del sistema legal y privados de los derechos básicos de la dignidad humana[221].

Es de esperar que el presente gobierno y los que le sigan adopten una posición de mayor liderazgo que la que hemos visto en el pasado. Un Chile más grande, justo, inclusivo y pacífico así lo demanda. No debemos ni podemos olvidar que la obligación de establecer una política redistributiva en favor de las zonas más pobres del país —donde las poblaciones indígenas se destacan, particularmente el pueblo mapuche— tiene rango constitucional, incluso a nivel de "Bases de la Institucionalidad"[222].

---

[220] Véase Lucas Sierra, *El Mercurio*, 31 de mayo de 2005 ("Chile enfrenta hoy el desafío de una correcta política indígena. En poco tiempo entrará en vigencia el Convenio 169 de la OIT. Este instrumento internacional obliga al Estado chileno a incorporar en sus políticas una serie de consideraciones relativas a sus ciudadanos indígenas. No le impone obligaciones específicas, pero sí una serie de criterios más o menos generales. Aquí está el peligro y la oportunidad. El peligro de que, al materializar esos criterios, surja el constructivismo social, el activismo y la utopía. Y la oportunidad, en cambio, que surja la sensatez, la racionalidad consciente de los límites de toda política pública y de los principios de la democracia liberal").

[221] Reisman, n. 12, p. 353 (traducción de los autores).

[222] Artículo 3º inc. 3 de la Constitución: "Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional".

www.cepchile.cl

Referencias

Alvarez, José E. *International Organizations as Law Makers*. New York: Oxford University Press, 2005.

Anaya, James. *Indigenous People in International Law*. New York: Oxford University Press, 1996.

Anaya, James y Robert A. Williams, Jr. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System". *Harvard Human Rights Journal* 14 (2001). Disponible en http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml (última visita el 31 de octubre de 2009).

Anaya, James y Siegfried Wiessner. *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment*, 3 de octubre de 2007. Disponible en http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php (última visita el 12 de julio de 2010).

Andrade Geywitz, Carlos. "La Reforma Constitucional del Año 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma". *Revista Ius et Praxis*, 9 (2003).

Ayres, Ian. *Optional Law. The Structure of Legal Entitlements*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

Ballesteros, Manuel. *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*. Santiago: 1890.

Benadava, Santiago. *Manual de Derecho Internacional Público*. Santiago: Editorial Jurídica, 1ª ed., 1976.

————. *Derecho Internacional Público*. Santiago: Editorial Jurídica, 3ª ed., 1989.

————. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos". En Santiago Benadava, *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica, 1992.

Bengoa, José. *Historia del Pueblo Mapuche. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial LOM, 6ª ed., 2000.

Bertelsen Repetto, Raúl. "Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno". *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996).

Bleckman, Albert. "Self-Executing Treaty Provisions". En Rudolf Bernhardt, *Encyplopedia of Public International Law* 4. New York: North-Holland, 1992-2003.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 6ª ed., 2003.

Bruna Contreras, Guillermo. "Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia de la Década de 1981-1989". *Revista Ius et Praxis* 9 (2003).

Calabresi, Guido y Douglas Melamed. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". *Harvard Law Review* 85 (1972).

Carmona Santander, Carlos. "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas". En Universidad de Chile, *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional*. Santiago: Universidad de Chile, 2001.

Cerda, Rodrigo A. "Situación Socioeconómica Reciente de los Mapuches en la Región de la Araucanía". *Estudios Públicos* 113 (2009).

www.cepchile.cl

Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.* 2003. Disponible en http://biblioteca.serindigena.org/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=136 (última visita el 11 de julio de 2010).

Correa, Martín (*et al.*). "La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches. Chile 1962-1975". En *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato.*

Correa G., Rodrigo. "Informe de Constitucionalidad Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT". Documento de Trabajo, Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Subcomisión de Legislación, Santiago, 2002.

Cottier, Thomas y Maya Hertig. "The Prospects of 21st Century Constitutionalism". *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003).

Dirección General de Presupuesto (DIPRES). *Síntesis Ejecutiva. Programa Orígenes.* Junio 2004. Disponible en http://www.dipres.cl/574/propertyvalue-15776.html (última visita 6 de marzo de 2010).

————. *Informe Final de Evaluación. Programa Orígenes. Ministerio de Planificación y Cooperación.* Junio 2004. Disponible en http://www.dipres.cl/574/propertyvalue-15776.html (última visita 6 de marzo de 2010).

Duncker Biggs, Federico. *Derecho Internacional Privado.* Santiago: Editorial Jurídica, 2ª ed., 1956.

Esty, Daniel C. "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law". *Yale Law Journal* 115 (2006).

Fernández González, Miguel Ángel. "Visión Prospectiva en Relación con la Regulación Constitucional de los Tratados Internacionales". *Revista Ius et Praxis* 9 (2003).

Franck, Thomas M. *Fairness in International Law and Institutions*. New York: Oxford University Press, 1995.

———— (ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes on Democracy and Sovereignty.* Ardsley: Transnational Publishers, 2000.

Gaete González, Eugenio Alberto. "Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos". *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996).

García Barzelatto, Ana María. "Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales con Especial Referencia al Control Represivo". *Revista de Derecho* 69 (2007).

Gardbaum, Stephen. "Human Rights and International Constitutionalism". En Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman, *Ruling the World? Constitutionalim, International Law, and Global Governance.* New York: Cambridge University Press, 2009.

Hartley, Trevor C. *European Union Law in a Global Context.* New York: Cambridge University Press, 2004.

Hayes, Edward T. "Changing Notion of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: A Reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and Local Governments within their Territories". *Northwestern Journal of International Law & Business* 25 (2004).

Held, David. "The Transformation of Political Community: Rethinking Democracy in the Context of Globalization". En Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón (eds.), *Democracy's Edges*. New York: Cambridge University Press, 1999.

Helfer, Laurence R. "Constitutional Analogies in the International Legal System". *Loyola Los Angeles Law Review* 37 (2003).

www.cdschile.cl

Helfer, Laurence R. y Graeme B. Dinwoodie. "Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy". *William and Mary Law Review* 43 (2001).

Infante Caffi, María Teresa. "Los Tratados en el Derecho Interno Chileno: El Efecto de la Reforma Constitucional de 1989 Visto por la Jurisprudencia". *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996).

Iwasawa, Yuji. "The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis". *Virginia Journal of International Law* 26 (1986).

Kingsbury, Benedict. "'Indigenous Peoples' in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy". *American Journal of International Law,* 1998.

Kingsbury, Benedict, Nico Krisch y Richard B. Stewart. "The Emergence of Administrative Law". *Law and Contemporary Problems* 68 (2005).

Kumm, Mattias. "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework". *European Journal of International Law* 15 (2004).

Ladeur, Karl-Heinz. "Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?'. En Karl-Heinz Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*. Ashgate, Burlington, 2004.

Libertad y Desarrollo. *Temas Públicos* N° 939, de 16 de octubre de 2009.

Lowe, Vaugham. *International Law.* New York: Oxford University Press, 2007.

McCorquodale, Robert. "The Individual and the International Legal System", 2003.

McGinnis, John O. y Mark L. Movsesian. "The World Trade Constitution". *Harvard Law Review*, Vol. 114, 2000.

Medina Quiroga, Cecilia. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos". En Cecilia Medina y Jorge Mera (eds.), *Seis Cuadernos de Análisis Jurídico: Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las Obligaciones Internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos.* 1996.

Meremiskaya, Elina. "El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Derecho Internacional y Experiencias Comparadas". Publicado en este mismo número (*Estudios Públicos* 120).

Meza-Lopehandía, Matías. *El Reglamento sobre Consulta a Pueblos Indígenas Propuesto por el Gobierno de Chile, la Buena Fe y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Disponible en http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2009/09/Reglamento-sobre-consulta inconsulto-+NYF-2a-ed.pdf (última visita el 5 de julio de 2010).

Mohor Abuauad, Salvador y Gustavo Fiamma Olivares. "La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales". *Revista de Derecho Público* 55/56 (1994).

Montt Oyarzún, Santiago. "Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por Tribunales Chilenos. Responsabilidad del Estado y Expropiaciones Regulatorias en un Mundo Crecientemente Globalizado". *Revista Chilena de Derecho* 32 (2005).

————. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation.* Oxford: Hart, 2009.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno". *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996).

Núñez Poblete, Manuel (dir.). *Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*. Santiago: Librotecnia, 2010.

Observatorio Ciudadano. "Las Implicancias de la Ratificación del Convenio 169 de la OIT en Chile". Documento de Trabajo N° 10, septiembre de 2009.

OIT (Organización Internacional del Trabajo). *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual.* Francia, OIT, 2003.

————. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica: Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT.* Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/ normes/documents/publication/wcms_113014.pdf (última visita 6 de noviembre de 2009).

————. *Guía para la Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT.* Disponible en http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm (última visita 28 de octubre de 2009).

ONU. *Consideración de Informes Presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa*, Trigésima Primera Sesión, N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, p. 11. Disponible en http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.94.Sp?Opendocument.

ONU. Comité de Derechos Humanos. *Comentario General N° 23: Los Derechos de las Minorías.* Quincuagésima sesión, 1994, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994. Disponible en http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom23.htm (última visita, 23 de noviembre de 2009).

Orrego Vicuña, Francisco y Francisco Orrego Bauzá. "National Treaty Law and Practice: Chile". En Monroe Leigh *et al.* (eds)., *National Treaty Law and Practice: Austria, Chile, Colombia, Japan, the Netherlands, and United States*. American Society of International Law, 1999.

Partsch, Karl Joseph. "International Law and Municipal Law". En Rudolf Bernhardt, *Encyplopedia of Public International Law,* 2. New York: North-Holland, 1992-2003.

Paust, Jordan J. "Self-Executing Treaties". *American Journal of International Law* 82 (1988).

Peña Torres, Marisol. "Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales: La Experiencia Chilena Un Año después de la Reforma de 2005". *Revista de Derecho* 69 (2007).

Pfeffer Urquiaga, Emilio. "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su Ubicación en el Orden Normativo Interno". *Revista Ius et Praxis* 9 (2003).

————. *Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, Debates, Informes*. Santiago: Editorial Jurídica, 2005.

Pinto R., Jorge. "De la Inclusión a la Exclusión. La Formación del Estado, la Nación y el Pueblo Mapuche". En Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe (ICVH NT-I),* 2003.

Reisman, W. Michael. "Protecting Indigenous Rights in International Adjudication". *American Journal of International Law* 89 (1995).

Ribera Neumann, Teodoro. "El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno". En Teodoro Ribera Neumann, *Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional.* Santiago: Universidad de Chile, 2001.

————. "La Incorporación de los Tratados Internacionales al Orden Jurídico Interno". *Revista de Derecho Público* 69 (2007).

Salinas Burgos, Hernán. "Los Tratados Internacionales ante la Reforma Constitucional". *Revista de Derecho Público* 69 (2007).

Shapiro, Martin. "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 8, 2001.

Shaw, Malcolm N. *International Law.* New York: Cambridge University Press, 5ª ed., 2003.

Sierra, Lucas. "La Constitución y los Indígenas en Chile: Reconocimiento Individual y no Colectivo". *Estudios Públicos* 92 (2003).

Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order.* Princeton: Princeton University Press, 2004.

Sloss, David. "The Domestication of International Human Rights". *Yale Journal of International Law* 24 (1999).

Stein, Eric. "International Integration and Democracy: No Love at First Sight". *American Journal of International Law* 95 (2001).

Steinhardt, Ralph G. *International Civil Litigation: Cases and Materials on the Rise of International Law.* Newark NJ: LexisNexis, 2002.

Tapia Valdés, Jorge. "Efectos de los Tratados sobre Derechos Humanos en la Jerarquía del Orden Jurídico y en la Distribución de Competencias: Alcances del Nuevo Inciso Segundo del Artículo 5° de la CPR de 1980". *Revista Ius et Praxis* 9 (2003).

Tribe, Laurence H. *Constitutional Choices.* Cambridge: Harvard University Press, 1985.

Troncoso Repetto, Claudio y Tomás Vial Solar. "Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales en la Constitución". *Revista Chilena de Derecho* 20 (1993).

Von Bogdandy, Armin. "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law". *International Journal of Constitutional Law* 6, 2008.

Walker, Neil. "Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders". *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, 2008.

Wiessner, Siegfried. "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis". *Harvard Human Rights Journal* 12 (1999).

Williamson. Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism.* New York: Free Press, 1985.

————. *The Mechanisms of Governance*. N. York: Oxford University Press, 1996.

Xanthaki, Alexandra. *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land.* New York: Cambridge University Press, 2007. □

www.cepchile.cl

EL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

DERECHO INTERNACIONAL Y EXPERIENCIAS COMPARADAS

Elina Mereminskaya

Este artículo indaga la génesis del Convenio 169 de la OIT relativo a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y describe las obligaciones para los países que lo han ratificado. Se señala que la labor de la OIT en la promoción de estos derechos ha estado permanentemente acompañada de cuestionamientos a su competencia y a lo que ha sido considerado, a veces, un excesivo activismo de su Secretariado. Sin embargo, tanto el Convenio 169 como su instrumento antecesor fueron aprobados con una importante votación a favor. Una situación semejante ocurrió en Chile al ratificarse el Convenio 169 por amplia mayoría después de dieciocho años de tramitación en el Congreso.

Se advierte que si bien la OIT no es un órgano jurisdiccional, sus pronunciamientos permiten apreciar el vasto alcance de las obligaciones que asumen los Estados firmantes en lo que se refiere a la necesidad de incluir a los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones de todas las medidas que

Elina Mereminskaya. Doctora y Magíster en Derecho, Universidad de Göttingen, Alemania. Abogada, Universidad Rusa de Immanuel Kant, Rusia. Consejera Especial para Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Estudios Públicos, 121 (verano 2011).

www.cepchile.cl

les conciernan, así como en lo que atañe a los derechos de propiedad, de uso de tierras y de recursos naturales. A modo de ilustración, se presentan las políticas públicas que en base al Convenio 169 han sido implementadas en tres países: Noruega, México y Argentina.

Palabras clave: Pueblos indígenas y tribales; Convenio 169; OIT; implementación de tratados internacionales.
Recibido: junio 2010. *Aceptado*: julio 2010.

Introducción

El presente artículo analiza el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) desde una perspectiva histórica y comparada. Como este instrumento internacional ya es derecho vigente en Chile, pasamos por alto la pregunta acerca de la conveniencia de su ratificación y nos enfocamos en cambio en sus repercusiones para el ordenamiento jurídico nacional. Para ello (1) nos aproximaremos al Convenio 169 desde la perspectiva de su génesis histórica, la que se complementará con algunas reflexiones acerca de su lugar en la regulación internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Luego (2), para comprender los alcances de las disposiciones más relevantes del Convenio, recurriremos a las interpretaciones efectuadas por los órganos de la OIT; veremos allí manifiestas discrepancias entre las expectativas de la OIT y las visiones de los gobiernos nacionales encargados de su implementación. Por último (3), nos detendremos en algunos países que han ratificado el Convenio 169 a fin de mostrar una diversidad de acciones susceptibles de ser tomadas y que, al mismo tiempo, ilustran lo complejo que resulta alcanzar los estándares contemplados en ese tratado. El trabajo termina (4) con conclusiones relativas a cómo debería Chile afrontar el proceso de implementación del Convenio 169.

1. EL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL CONTEXTO DE REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas constituye uno de los hitos más recientes en el desarrollo del derecho internacional público. El tema tiene sus raíces históricas en la coloni-

www.cepchile.cl

zación del continente americano y africano por parte de las potencias europeas y se consolida definitivamente en la agenda internacional con el desmantelamiento del sistema colonial después de la Segunda Guerra Mundial.

Al comienzo de los procesos de colonización las naciones europeas eran reacias a reconocerles a los pueblos indígenas recién descubiertos la calidad de sujetos de derecho internacional. En algunos casos, los poderes colonizadores celebraron tratados con los habitantes nativos. Aunque ésta nunca fue la política de España ni de Portugal[1], sí ocurrió en los territorios de Canadá y Nueva Zelanda[2]. Sin embargo, tales acuerdos no tenían la fuerza de tratados internacionales, que únicamente pueden suscribirse entre "dos poderes independientes"[3]. La toma de posesión de los nuevos territorios se justificaba, más bien, con la "doctrina de descubrimiento", lo que además aseguraba los títulos de posesión frente a las otras naciones europeas[4]. De esta manera se entabló la ficción legal internacional de que las tierras indígenas constituían *terra nullius*; un ejemplo característico de ello es el caso de los territorios de Australia[5]. Con la instauración del sistema westfaliano de Estados nacionales, la calidad de sujetos del derecho internacional se restringió a Estados organizados de conformidad con el modelo europeo, caracterizado por el dominio territorial y la presencia de una autoridad jerárquica. Con ello se consagra la marginación de los pueblos indígenas del derecho internacional, cuyo estatus jurídico pasa a ser un asunto interno de los miembros de la comunidad internacional. De conformidad con la noción de soberanía estatal, toda intervención foránea en materias internas se encuentra limitada, con lo cual el trato otorgado a los pueblos originarios no es susceptible de un escrutinio desde el exterior[6].

---

[1] Jeff J. Corntassel y Tomas Hopkins Primeau, "Indigenous 'Sovereignty' and International Law: Revised Strategies for Pursuing 'Self-Determination'", 1995, p. 354.

[2] John Borrows, "Ground-Rules: Indigenous Treaties in Canada and New Zealand", 2006, pp. 188-189.

[3] Patrick Macklem, "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations", 2008, p. 185.

[4] Jeff J. Corntassel y Tomas Hopkins Primeau, "Indigenous 'Sovereignty' and International Law: Revised Strategies for Pursuing 'Self-Determination'", 1995, p. 354.

[5] Sheryl R. Lightfoot, "Indigenous Rights in International Politics: The Case of 'Overcompliant' Liberal States", 2008, p. 92.

[6] James S. Anaya, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, 2005, pp. 48-71.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el derecho de todos los pueblos a la libre determinación es reconocido en el plano internacional (artículos 1 y 55, Carta de la ONU) y el proceso de descolonización recibe un potente impulso. Sin embargo, la Resolución 1541 del 15 de diciembre de 1960, aprobada por la Asamblea General de la ONU, acoge la denominada doctrina de "agua azul" o de "agua salada", acorde a la cual el objetivo de descolonización únicamente puede ser perseguido por "un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales"[7]. De acuerdo a esta definición, los pueblos indígenas habitantes de países independientes se encuentran fuera de la cobertura del principio señalado. Por otro lado, en la práctica de la ONU, el derecho a la libre determinación es propio de los pueblos colonizados, dominados por una potencia extranjera. En cambio no procede su ejercicio en contra de los Estados independientes que actúen de conformidad con las normas y principios de la Organización; no puede ser usado como pretexto para atentar contra la integridad territorial de un Estado y, asimismo, su ejercicio no corresponde a las minorías, cuya protección se instaura a través de instrumentos internacionales[8]. El tratamiento actual del tema de los derechos indígenas se enmarca entonces en esa realidad de negar el reconocimiento a esos pueblos y a sus antecesores como actores soberanos: "Lo que transforma a los pueblos indígenas en actores del ordenamiento internacional es, en otras palabras, la estructura y el operar del derecho internacional mismo"[9].

A continuación (1.1) trazaremos las líneas históricas que permiten comprender la génesis del mandato que le fue otorgado a la OIT para dedicarse a la regulación de los temas indígenas. Explicaremos (1.2) el modelo subyacente en el instrumento internacional antecesor del Convenio 169 y su transformación hacia el formato actual. Luego (1.3) haremos unas breves referencias al contexto general de protección de los derechos indígenas, con el fin de apreciar el papel que cumple el

[7] Organización de las Naciones Unidas (ONU), Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General, Principio IV: "Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del Artículo 73 de la Carta".

[8] Rodolfo Stavenhagen, "Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeto en Construcción", 1998, pp. 92-93.

[9] Patrick Macklem, "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations", 2008, p. 180.

Convenio 169 en el sistema del derecho internacional. Por último (1.4), nos referiremos al proceso de incorporación del Convenio 169 al derecho chileno.

1.1. El mandato de la OIT para regular los derechos indígenas

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. La institución posee una estructura tripartita, única para una organización internacional, en la cual los actores no estatales —empleadores y trabajadores— reciben un estatus igual al de sujetos plenos del derecho internacional. Dicha estructura refleja el momento histórico de su creación y constituye un intento por establecer un camino alternativo al socialismo soviético, mejorando los estándares laborales e incorporando a los sindicatos en el proceso de su definición[10]. No obstante que el sistema establecido por la Liga de Naciones quedó sin efecto a causa de la Segunda Guerra Mundial, la OIT recibió un impulso a sus actividades a través de su Conferencia de Filadelfia del año 1944, que consagró una Carta de propósitos y objetivos de la OIT consolidando su rol como entidad articuladora de los estándares internacionales en materia laboral[11]. En 1946, la OIT se convirtió en una agencia especializada de la recién creada Organización de las Naciones Unidas.

Hoy en día pueden encontrarse críticas a la OIT que apuntan a su supuesta disminuida capacidad de participar en los procesos de determinación de estándares laborales internacionales y de adaptarse a la realidad contemporánea[12]. Más allá de estas críticas, cabe destacar que el funcionamiento de la OIT tradicionalmente se ha caracterizado por un liderazgo fuerte del Secretariado (Oficina Internacional del Trabajo). Así, a lo largo de casi un siglo, la Oficina ha sabido incorporar a la agenda organizacional temas y prácticas novedosas, fundamentando tal necesidad con un discurso valórico y argumentos técnicos, los que final-

[10] Laurence R. Helfer, "Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO", 2006, pp. 679-681.

[11] Wilfrid Benson, "An I.L.O. Pattern for Pacific Territories", 1944, pp. 311-319.

[12] Gay Standing, "ILO: An Agency for Globalization?", 2008, pp. 355-384; Philip Alston y James Heenan, "Shrinking The International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?", 2004, pp. 5-33; Alan Hyde, "The International Labor Organization in the Stag Hunt for Global Labor Rights", 2009, pp. 153-179.

mente han encontrado la aprobación de los miembros constituyentes[13]. Lo anterior nos acerca a la pregunta acerca de cómo un tema de índole tan transversal como los derechos indígenas llegó a formar parte del quehacer de esa institución.

La regulación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales emerge en la agenda internacional a fines del siglo XIX. Así, el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental del año 1885, dedicada en su esencia a la división de los territorios africanos entre las potencias coloniales europeas, incorporó en su artículo VIº el compromiso de los Estados signatarios de preocuparse por "la conservación de las poblaciones indígenas, la mantención de su moral y sus condiciones materiales".

Más adelante, el artículo 22 del Tratado de la Liga de Naciones consagró que en ciertos territorios pertenecientes previamente a los poderes vencidos en la Primera Guerra Mundial, "habitados por pueblos incapaces aún de subsistir por sí mismos en las condiciones de la intensa vida moderna", la tutela sobre estos últimos se confiara a las "naciones adelantadas". El precepto dividió los territorios en tres grupos (A, B y C) acorde a su nivel de desarrollo, y para los dos últimos (B y C), que abarcaban los países de África central, sudeste de África y algunas islas del Pacífico austral, se establecieron ciertos criterios de trato por parte de la nación administradora hacia la población sometida a su mandato. Dichos estándares incluyen la garantía de la libertad de conciencia y religión, con la salvedad del mantenimiento del orden y moral públicos, y la prohibición del tráfico de esclavos, armas y bebidas alcohólicas. En el artículo 23º del Tratado, los miembros de la Liga "se comprometen a asegurar un trato justo para los indígenas habitantes de los territorios que se hallen bajo su autoridad" (letra b). Sin perjuicio de ello, la colaboración de los poderes fundadores con la Comisión de Mandatos establecida de conformidad con el artículo 22 no era entusiasta, siendo ellos de la opinión que el día a día de la administración de los mandatos se encontraba completamente dentro de su competencia y al margen del poder de intervención de la Liga[14].

[13] Laurence R. Helfer, "Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO", 2006, p. 689.

[14] Daniel Groman, "Liberal Internationalism, the League of Nations Union, and the Mandates System", 2005, pp. 462-472.

Por otro lado, en el Capítulo XII del Tratado de Paz de Versalles, que creó la Organización Internacional de Trabajo, se estipuló el compromiso de los Estados signatarios de aplicar los convenios suscritos en el ámbito laboral a sus colonias, protectorados y posesiones que no eran totalmente autónomos en su administración (art. 421). La obligación estaba sujeta a la excepción y hacía los convenios inaplicables o sujetos a modificaciones necesarias debido a las "condiciones locales". Los miembros del Tratado tenían la obligación de notificar a la Oficina Internacional de Trabajo de las acciones que tomaren de conformidad con esas normas. No obstante, la facultad de adaptar la aplicación de los convenios a las condiciones locales se constituyó en una amplia cláusula de escape para los Estados signatarios, quienes no mostraban la disposición de someterse a cualquier tipo de supervisión por parte de la OIT[15].

Sin embargo, la Oficina logró a la brevedad obtener un asiento en la Comisión de Mandatos, posición desde la cual comenzó a ampliar sus incipientes funciones de supervisión, y no tan sólo en los territorios administrados a través del sistema de los mandatos, sino que en todos los territorios bajo el poder de las metrópolis europeas. Una de las primeras iniciativas de la Oficina en ese contexto consistió en impulsar estudios sobre la situación de los trabajadores indígenas[16]. Al mismo tiempo, participó en el Comité Temporal sobre la Esclavitud, obteniendo en el año 1925 un mandato implícito de la Asamblea de la Liga para regular la prevención del trabajo forzado semejante a la esclavitud[17]. Durante el período previo a la Segunda Guerra Mundial, bajo los auspicios del organismo fueron elaborados una serie de convenios y recomendaciones relativos a las condiciones laborales de los pueblos nativos de las colonias, llamados el "Código Colonial". Con posterioridad, esa normativa fue revisada y reforzada con el apoyo de la ONU, culminando la Agenda Colonialista de la Organización con la aprobación del Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzado en 1955 y del Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en 1957[18].

www.cepchile.cl

[15] Luis Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989),* 2006, pp. 24-25.

[16] Ibíd., pp. 28-29.

[17] Ibíd., pp. 31-32.

[18] Ibíd., pp. 32-38.

1.2. Del Convenio 107 al Convenio 169: de la integración a la autonomía

La elaboración del Convenio 107 fue antecedida por un activo despliegue por parte de la OIT de una serie de estudios, programas y políticas de desarrollo indigenista, que se extendieron a lo largo de los años treinta y cincuenta del siglo pasado. El ámbito geográfico de actuación de la OIT en esa época se centraba en América Latina, con particular énfasis en los países andinos[19]. Para consagrar los estándares de trato hacia los pueblos indígenas, la Secretaría inicialmente planteó la posibilidad de aprobar una Recomendación, esto es, un instrumento no vinculante de índole técnica destinado a servir como guía para las políticas públicas de los países miembros. Sin embargo, la Conferencia Internacional de Trabajo —después de discutir si la Organización era o no competente para crear semejante normativa— votó mayoritariamente a favor de transformar el documento en un Convenio y reservar los aspectos más sensibles para una Recomendación, la cual fue aprobada bajo el título de la Recomendación 104 sobre poblaciones indígenas y tribales[20]. Los pueblos indígenas no estuvieron representados en la negociación y redacción del texto del Convenio, razón por la cual el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas, realizado en el año 1977, resolvió "rechazar totalmente" el Convenio 107 y la Recomendación 104[21].

Acorde con lo señalado en el art. 1º, el Convenio se aplicaba, en primer lugar, a miembros de poblaciones tribales o semi-tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas eran inferiores a las de otros sectores de la sociedad y cuyo estatus se regulaba total o parcial por sus propias leyes. En segundo lugar, se refería a miembros de poblaciones tribales o semi-tribales en países independientes, considerados indígenas en virtud de su procedencia de los pueblos originarios durante la época de conquista o colonización, y que preservaban su forma de vida conforme a la existente en aquel período. En efecto, el Convenio cubría dos categorías de poblaciones tribales, una considerada indígena y otra no. Pero en ambos casos el elemento

[19] Ibíd., pp. 53-122.

[20] Ibíd., pp. 129-138.

[21] Chris Tennant, "Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993", 1994, p. 48.

www.cepchile.cl

central de la definición era el grado de integración de esas poblaciones dentro de la comunidad nacional[22].

El Convenio 107 rechaza la asimilación artificial y forzada de los indígenas, pero aboga por su pronta integración. Sus términos son consistentes con la idea de integración, sostenida en los postulados antropológicos vigentes en su época. La protección es concebida como un proceso progresista de ajuste cultural, que permite a través del desarrollo económico y social reforzar la legitimidad y eficacia de la institucionalidad del Estado[23]. Las principales herramientas del Convenio 107 son la educación y el entrenamiento profesional, los que permitirían a los indígenas incorporarse a las fuerzas laborales de los países[24]. Con ello, la protección internacional hacia las personas indígenas se concibe en términos temporales y transitorios[25], necesaria tan sólo durante el período que se requiera para completar su integración a las sociedades nacionales y superar su estado de segregación[26].

La cooperación técnica desplegada por la OIT para guiar a los 29 países signatarios en sus programas de integración y promoción del desarrollo de sus poblaciones indígenas nunca ha podido producir efectos en la práctica[27]. La idea de revisar el Convenio 107 surgió desde el Secretariado de la OIT y fue impulsada, en parte, por el de-

[22] Luis Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2006, p. 164.

[23] Patrick Macklem, "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations", 2008, p. 194. Véase el art. 6 del Convenio 107: "El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, así como del nivel educativo de las poblaciones en cuestión, deberá ser objeto de alta prioridad en los planes globales de desarrollo económico de las regiones en que ellas habiten. Los proyectos especiales de desarrollo económico que tengan lugar en tales regiones deberán también ser concebidos de suerte que favorezcan dicho mejoramiento".

[24] Chris Tennant, "Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993", 1994, p. 26.

[25] Véase, por ejemplo, el art. 3 del Convenio 107: "1. Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan. 2. Se deberá velar por que tales medidas especiales de protección: a) no se utilicen para crear o prolongar un estado de segregación; y b) se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria".

[26] Patrick Macklem, "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations", 2008, p. 194.

[27] Luis Rodríguez-Piñero, *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2006, pp. 216-233.

seo de mantener el liderazgo de la regulación internacional sobre el tema, que la Organización consideraba tradicionalmente propio. Al principio, esa iniciativa se enfrentó con la oposición del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Poblaciones Indígenas. Sin embargo, la labor de este último mostraba sólo leves avances, motivo por el cual la OIT finalmente obtuvo el beneplácito de la ONU para seguir con la regulación del tema, entendiendo que lo haría de la manera "técnica" que la caracterizaba[28].

El paradigma del nuevo texto abandonó definitivamente el proyecto de integración y mestizaje. En efecto, el Secretariado, acorde con las tendencias y discursos de la época y apoyado por el Comité de Expertos a cargo de la revisión, declaró "destructivo" el concepto de integración[29]. En el Comité tripartito *ad hoc* para la revisión del Convenio 107 que analizó la propuesta del Secretariado, se desarrollaron arduas polémicas sobre el alcance de tres nociones particularmente sensibles. Así, a juicio del Secretariado, el concepto de "pueblos indígenas" era preferible por encontrarse en sintonía con la terminología del derecho internacional y con aquella empleada por los propios grupos indígenas. A la luz de las objeciones de los Estados miembros y de los representantes de los empleadores, el Comité incorporó el precepto que excluye del Convenio el derecho a la autodeterminación de los pueblos, tal como es concebido en el derecho internacional (art. 1.3 del Convenio). De la misma manera, temiéndose que el concepto de "territorios" empleado en la propuesta del Secretariado pudiera interpretarse como atentatorio contra la soberanía nacional de los Estados, se introdujo la expresión "tierras o territorios" (art. 13 del Convenio). Por último, se rechazó la obligación de buscar el "consentimiento" de los pueblos indígenas para la aprobación de las medidas que los pudieran afectar, reemplazándose ese concepto por "consultas" (art. 6 del Convenio)[30].

Junto con el cambio de paradigma recién descrito, la innovación más importante del nuevo texto consiste en la elevación de los estándares de protección. A saber, donde el Convenio 107 consagraba políticas

[28] Ibíd., pp. 274-280.
[29] Ibíd., pp. 298-299.
[30] Ibíd., pp. 306-309.

públicas recomendadas[31], el Convenio 169 formula derechos. Asimismo, las cláusulas de flexibilidad, abundantes en el Convenio 107[32], son excluidas por el Convenio 169, con lo que los derechos reconocidos por éste se conciben en términos absolutos, sin subordinarlos al derecho nacional[33].

A pesar de lo controversial que había sido el proceso de su negociación, el Convenio 169 fue aprobado por un amplio margen de 328 votos a favor, con un solo voto en contra y con 49 abstenciones. Los representantes de los pueblos indígenas no tuvieron una participación directa en la negociación del Convenio, pues la estructura tripartita de la OIT únicamente dejaba espacio para su participación informal, pudiendo emitir sus observaciones a través de los representantes de los trabajadores. Aprobado el Convenio 169, las organizaciones indígenas expresaron un tajante repudio a sus términos[34]. Sin perjuicio de lo anterior, hubo una aceptación paulatina importante de las normas convencionales por parte de los Estados y de las organizaciones indígenas, lo que incluso ha llevado a algunos comentaristas a sostener que se trataría de una expresión del derecho consuetudinario internacional[35].

www.cepchile.cl

[31] Véase, por ejemplo, el art. 2 del Convenio 107: "1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países. 2. Esos programas deberán comprender medidas: a) que permitan a dichas poblaciones beneficiarse, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás elementos de la población; b) que promuevan el desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida; c) que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones".

[32] Véase, por ejemplo, el art. 7.2. del Convenio 107: "Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración", o el art. 8.1 del Convenio 107: "En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país: a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones" .

[33] Patrick Macklem, "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations", 2008, pp. 192-196.

[34] Chris Tennant, "Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993", 1994, p. 48.

[35] James S. Anaya, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, 2005, pp. 102 y ss.

1.3. Panorama general de la regulación internacional de los derechos indígenas

Por último, cabe preguntarse por las alternativas al Convenio 169 de la OIT en el contexto del derecho internacional. En el seno de la ONU existe un importante rango de instrumentos internacionales que de manera tangencial atañen a los derechos indígenas, siendo los más relevantes la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de la ONU para la Prevención y Sanción del Genocidio, ambos del año 1948; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del año 1965; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en particular, su artículo 27º); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966; y la Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas del año 1992[36]. Los órganos de supervisión, establecidos de conformidad con algunos de esos instrumentos, han definido consistentemente los alcances de las normas en relación con los derechos indígenas, y han exigido a los Estados poner término a situaciones incompatibles con los estándares en ellos consagrados y adoptar acciones tendientes a superar distinciones entre los pueblos indígenas y no indígenas[37].

En el ámbito interamericano destaca la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (1969), que contempla un sistema jurisdiccional compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dentro de las sentencias pronunciadas por la Corte en materia de derechos indígenas, el caso más emblemático corresponde al de la *Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. En esa ocasión, la Corte reconoció el derecho colectivo a la tierra de una comunidad indígena de Nicaragua cuando el Estado había otorgado una concesión para la explotación forestal en sus tierras tradicionales en oposición de la comunidad nativa. La Corte interpretó el concepto de "propiedad" del artículo 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en forma evolutiva, incorporando en él las formas de tenencia colectiva de

[36] Rodolfo Stavenhagen, "Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeto en Construcción", 1998, pp. 83-91.

[37] Alexandra Xanthaki, "Indigenous Rights in International Law Over the Last 10 Years and Future Developments", 2009, pp. 27-28.

www.cepchile.cl

la tierra[38]. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas fue consolidado por la Corte Interamericana a través de una serie de fallos posteriores, en algunos de los cuales el respectivo precepto fue interpretado a la luz de lo establecido en el Convenio 169[39].

Junto con lo anterior, el hito más relevante en el contexto de la regulación internacional de los derechos indígenas lo constituye, sin duda, la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por Resolución de la Asamblea General con fecha 13 de septiembre de 2007. La preparación de este instrumento se había extendido por 25 años, proceso que transcurrió en un ambiente altamente controvertido, pero caracterizado por una permanente participación y colaboración de los representantes de los pueblos indígenas[40]. La Declaración irrumpe en el derecho internacional con el reconocimiento del derecho a la libre determinación, junto con establecer a través del artículo 46º una limitación a cualquier interpretación que pueda "quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes"[41].

La Declaración fue aprobada con los votos en contra de cuatro países con importantes porcentajes de población indígena: Canadá, Nueva Zelanda, EE. UU. y Australia, ninguno de los cuales ha ratificado el Convenio 169 de la OIT. Al explicitar su rechazo a la Declaración, el representante de Canadá señaló que las disposiciones de ésta relativas a los territorios y recursos naturales eran "excesivamente amplias, poco claras y susceptibles de una variedad de interpretaciones", que desconocían los títulos legítimos de propiedad que pudieran existir, al igual que podrían contrariar lo pactado en los tratados celebrados por ese país. Las disposiciones acerca del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas frente a las iniciativas legislativas y adminis-

[38] James S. Anaya, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, 2005, pp. 361-371.

[39] Mauricio Iván Del Toro Huerta, "The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Property Rights of Indigenous Peoples", pp. 8-22, www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Del_Toro.pdf.

[40] Megan Davis, "Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", pp. 442-458.

[41] Ibíd., pp. 461-462.

trativas fueron consideradas excesivamente onerosas[42]. En el mismo sentido iba la posición de Nueva Zelanda, acorde a la cual, las normas de la Declaración creaban dos clases de ciudadanos, establecían discriminación en contra de aquellos no indígenas y no reflejaban la práctica contemporánea de los Estados. La Declaración no podría ser aceptada por un Estado que tomara en serio sus compromisos internacionales[43]. Semejantes objeciones fueron planteadas por EE. UU., que además alegó que la regulación del derecho a la libre determinación estaba fuera de los márgenes del mandato del Grupo de Trabajo, el que únicamente estaba facultado para abordar la noción de autogobierno. Asimismo, ese país criticó la figura jurídica de derechos colectivos como incompatible con el concepto de los derechos humanos[44]. Por su parte, con el cambio de gobierno en Australia, este país finalmente optó por apoyar la Declaración[45].

La postura reticente de esos Estados a las iniciativas internacionales por regular los derechos indígenas no constituye necesariamente una negación de los mismos en el contexto de los ordenamientos jurídicos nacionales. Al contrario, todos ellos —con un grado diferente de intensidad y con fundamentos teóricos distintos— han adoptado una serie de regulaciones, decisiones judiciales y acuerdos reparatorios[46]. Ellos han llegado a ser descritos como *overcompliant states*, esto es,

www.cepchile.cl

[42] John McNee, Embajador de Canadá en la 61ª Asamblea General de la ONU, 13 de septiembre de 2007, http://www.canadainternational.gc.ca/prmny-mponu/canada_un-canada_onu/statements-declarations/general_assembly-assemblee-generale/10373.aspx?lang=eng.

[43] Rosemary Banks, Representatne Permanente de Nueva Zelanda en la 61ª Asamblea General de la ONU, 13 de septiembre de 2007, http://www.nzembassy.com/info.cfm?CFID=7908039&CFTOKEN=28311805&c=51&l=124&s=to&p=63315.

[44] EE. UU., Observaciones de EE. UU. con respecto a la Declaracion sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiebre de 2007, http://www.shunpiking.com/ol0406/0406-IP-positionofUS.htm.

[45] United Nations Radio, 3 de abril de 2009, http://www.unmultimedia.org/radio/english/detail/72349.html.

[46] Sobre las numerosas iniciativas de reconciliación racial y protección de los derechos de los indígenas en esos países, véanse Sheryl R. Lightfoot, "Indigenous Rights in International Politics: The Case of 'Overcompliant' Liberal States", pp. 83-104; John Borrows, "Ground-Rules: Indigenous Treaties in Canada and New Zealand", 2006, pp. 188-212; Keith Barber, "Indigenous Rights' or 'Racial Privileges': The Rhetoric of 'Race' in New Zealand Politics", 2008, pp. 141-156; Shin Imai, "Indigenous Self-Determination and the State", 2008, pp. 1-40.

Estados que observan determinados criterios en materia de derechos indígenas sin aceptar la supremacía de las normas internacionales sobre el particular[47].

Las poblaciones indígenas en esos países mantienen el estatus de minoría étnica, pero conviven en el contexto de una sociedad multicultural. En otras palabras, su porcentaje es relativamente bajo y cercano a 1,5% de la población total en EE. UU., a más de 2% en Australia y a más de 4% en Canadá, y rodea el 15% en Nueva Zelanda[48]. La reticencia a la normativa internacional tendría una explicación en la génesis misma de aquellos Estados. Las constituciones que los rigen se basan en ideas del liberalismo, individualismo, equidad y multiculturalismo, lo que restringe la posibilidad de establecer con los pueblos indígenas una especie de relación "entre naciones". Si bien existe una importante tendencia favorable al reconocimiento de los derechos humanos y la aspiración de desprenderse del pasado colonial, lo anterior limita la posibilidad de incorporar el reconocimiento de los derechos indígenas tal como ha sido forjado por las instituciones internacionales en su discurso[49].

En síntesis, la Declaración incorpora algunos derechos que claramente no son reconocidos aún como parte del derecho internacional. Sin embargo, debido al carácter no vinculante de la Declaración (*soft law*), a lo que se suma el rechazo que ha suscitado entre importantes actores del derecho internacional y la aparente falta de intención de otros países de transformarla en norma vinculante en el plano nacional, sería prematuro considerar que la Declaración es expresión del derecho consuetudinario internacional para estos efectos[50]. Con ello, es dudoso que esta Declaración pudiera dar inicio de inmediato a un proceso de generación de una normativa que con el tiempo se transforme en un instrumento internacional

[47] Sheryl R. Lightfoot, "Indigenous Rights in International Politics: The Case of 'Overcompliant' Liberal States", 2008, p. 85.

[48] Stephen Cornell, "Indigenous Peoples, Poverty and Self-Determination in Australia, New Zealand, Canada and the United States", 2006, pp. 3-6.

[49] Sheryl R. Lightfoot, "Indigenous Rights in International Politics: The Case of 'Overcompliant" Liberal States', 2008, p. 91.

[50] Alexandra Xanthaki, "Indigenous Rights in International Law Over the Last 10 Years and Future Developments", 2009, p. 36; Megan Davis, "Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", 2008, pp. 465-466.

de carácter vinculante[51]. En ese escenario, el Convenio 169 de la OIT constituye el único instrumento internacional vinculante que de manera específica regula los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

1.4. La ratificación del Convenio 169 por Chile

Al realizarse la votación del Convenio 169 en la OIT en el año 1989, Chile optó por la abstención. Luego, en 1991, el Convenio fue ingresado al Congreso Nacional y el 11 de abril de 2000 fue aprobado con una votación transversal mayoritaria por la Cámara de Diputados. Y, después de 17 años de trámite parlamentario, fue aprobado por el Senado el 4 de marzo de 2008 por 36 votos a favor y uno en contra. Chile ratificó el Convenio ante la OIT el 15 de septiembre de 2008, y el Convenio entró en vigor un año más tarde.

En dos ocasiones el Convenio 169 fue objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional chileno. La primera vez por un reclamo que planteaba que el Convenio era inconstitucional en su totalidad por contravenir las Bases de la Institucionalidad debido al uso del vocablo "pueblos indígenas" a quienes se les estarían transfiriendo funciones de ejercicio de soberanía radicadas en el pueblo de Chile[52]. El Tribunal rechazó este planteamiento dado que arribó a la conclusión de "que la expresión 'pueblos indígenas', debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado" (Considerando 44). Asimismo, el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una serie de disposiciones del Convenio, dentro de las cuales destacan aquellas relativas a la aplicación del derecho penal con relación a los miembros de los pueblos in-

[51] José Zalaquett, "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", 2008, p. 140.

[52] Tribunal Constitucional, Rol Nº 309, Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del Convenio Nº 169, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República, 4 de agosto de 2000.

dígenas, a la aplicabilidad del derecho consuetudinario indígena, como también los artículos sobre las tierras y los recursos naturales.

El segundo control de constitucionalidad se efectuó a iniciativa de la Cámara de Diputados y apuntaba al análisis de las normas sobre la obligación del Estado de efectuar consultas con los pueblos indígenas en relación con aquellas medidas que los pudiesen afectar. El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de los preceptos cuestionados y concluyó que "la consulta a los pueblos interesados que dispone el Nº 1 del artículo 6º del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece" (Considerando 13)[53].

La discusión en el Congreso sobre los preceptos del Convenio 169 no fue más exhaustiva que la que aparece en los mismos informes de la OIT. Como se verá a través de lo expuesto en la sección 2 de este trabajo, los órganos de la OIT han formulado exigencias de alto nivel, las que se plantean ante los gobiernos de los países signatarios del Convenio 169 en relación con las medidas tomadas para su implementación.

2. LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO 169 SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DE LA OIT

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes consiste de 44 artículos, agrupados en diez partes: I. Política general; II. Tierras; III. Contratación y condiciones de empleo; IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales; V. Seguridad social y salud; VI. Educación y medios de comunicación; VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras; VIII. Administración; IX. Disposiciones generales; X. Disposiciones finales. La principal obligación de implementación que establece el Convenio 169 tiene como destinatarios a los gobiernos de los países firmantes. Así, el artículo 2 del Convenio señala que "los gobiernos deberán asumir la responsabili-

[53] Tribunal Constitucional, Rol Nº 1050, 3 de abril de 2008.

www.cenchile.cl

dad 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".

Para respetar los límites a la extensión de esta investigación, esta sección se centra en algunas de sus normas más polémicas y que más frecuentemente han provocado pronunciamientos de los órganos de la OIT, siendo ello una señal de que se trata de disposiciones más sensibles y, por tanto, más relevantes para las políticas públicas. Esta segunda parte se inicia con un esbozo del sistema de la OIT para la supervisión del cumplimiento de los convenios ratificados por los Estados miembros (2.1). A continuación se analizan los preceptos relativos al ámbito de aplicación del Convenio 169 definido a través del concepto de "pueblos indígenas" (2.2), a la participación de los pueblos indígenas en las políticas públicas mediante consultas (2.3), y a los derechos sobre las tierras y recursos naturales (2.4).

2.1. Principales características de la OIT

La forma en que la OIT supervisa la implementación de los compromisos asumidos por los Estados miembros consiste en el monitoreo de los informes gubernamentales, solicitudes de información y pronunciamiento de sus órganos acerca de la compatibilidad entre las políticas estatales y las normas convencionales. Pero la organización no constituye un foro jurisdiccional y no dicta fallos ejecutables en contra de los Estados miembros. Los pronunciamientos que se emiten adoptan el lenguaje de evaluación: "toma nota con interés", "acoge con agrado", "lamenta tomar nota", "manifiesta su profunda preocupación", "solicita", "insta" o "requiere información", "solicita se garantice la observación de ciertos derechos", "alienta a seguir con esfuerzos", "se ve obligado a reiterar", etc.[54]. En ese sentido, el sistema carece de sanciones por la inobservancia de sus normas, siendo su forma de regular la conducta de los Estados netamente discursiva y persuasiva[55].

[54] Véase, a modo de ejemplo, el Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe General y observaciones referidas a ciertos países, Conferencia Internacional de Trabajo, 99ª reunión, 2010.

[55] Edward Weisband, "Discursive Multilateralism: Global Benchmarks, Shame, and Learning in the ILO Labor Standards Monitoring Regime", 2000, pp. 653-654.

http://www.cepchile.cl

Los miembros de la OIT deben presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas adoptadas para implementar los convenios ratificados, las que son puestas al conocimiento general en la siguiente reunión de la Conferencia (arts. 22-23 de la Constitución de la OIT). Ante el crecimiento del número de convenios ratificados y de memorias presentadas, en el año 1926 fue creada la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)[56], que cumple la función de evaluar, con criterios técnicos e imparciales, el estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Actualmente, la Comisión está compuesta por 20 juristas, nombrados por el Consejo de Administración de la OIT por períodos de tres años. La CEACR efectúa dos tipos de comentarios en relación con las memorias recibidas: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información; no se publican en el informe sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos[57].

El informe anual de CEACR es presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo, donde es examinado por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Esta Comisión, que es permanente, está compuesta por delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. Ella analiza el informe en un marco tripartito y selecciona del mismo diversos comentarios que serán objeto de debate. Los gobiernos mencionados en estos comentarios son invitados a responder ante la Comisión de la Conferencia y a informar sobre la situación en consideración. En muchos casos, la Comisión de la Conferencia adopta conclusiones, recomendando a los gobiernos que arbitren medidas específicas para solucionar un problema o que soliciten asistencia técnica a la OIT[58].

---

[56] Laurence R. Helfer, "Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO", 2006, pp. 686-688.

[57] Organización Internacional del Trabajo (OIT) , http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/CommitteeofExperts/lang--es/index.htm.

[58] Ibíd.

La OIT contempla un sistema de reclamaciones individuales en contra de los Estados por supuesto incumplimiento de los compromisos contraídos, las que pueden ser presentadas por una organización profesional de empleadores o de trabajadores (art. 24). El estudio de cada caso se desarrolla a puertas cerradas, a menos que el Consejo de Administración no reciba en un plazo razonable declaración alguna del gobierno, o en caso que la declaración recibida se considerare insatisfactoria (art. 25). Asimismo, se establece un procedimiento de queja (arts. 26-34), que los Estados miembros, un delegado a la Conferencia Internacional o el Consejo de Administración en el marco de sus competencias pueden iniciar contra los demás miembros de la OIT. Para tratar la materia se constituye una comisión de encuesta, compuesta por tres miembros independientes. El gobierno afectado puede aceptar recomendaciones contenidas en el informe de la comisión, y en caso contrario puede solicitar el inicio de un juicio ante la Corte Internacional de Justicia. En el evento que un Estado miembro no dé cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión de Encuesta o a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, el Consejo de Administración de la OIT podrá recomendar a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones (art. 33). Durante la historia de la Organización, el procedimiento de queja ha sido iniciado 35 veces y la Comisión de Encuesta ha sido convocada 11 veces; en su mayoría, las remisiones fueron hechas por los delegados de la Conferencia[59]. La aplicación de sanciones en ese contexto se había anunciado en contra del Estado de Myanmar, a raíz de la situación de ese país en materia de trabajo forzoso. Sin embargo, las sanciones anunciadas por los EE. UU. fueron suspendidas a la brevedad[60].

2.2. Ámbito de aplicación del Convenio 169 a la luz del concepto de "pueblos indígenas"

Según lo señalado precedentemente, el art. 1.3 del Convenio 169 descarta que la aplicación del término "pueblos" en este Convenio pudiera "interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en

[59] Organización Internacional del Trabajo (OIT) , http://www.ilo.org/ilolex.

[60] Michael Ewing-Chow, "First Don No Harm: Myanmar Trade Sanctions and Human Rights", 2007, pp. 153-180.

lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". Por lo anterior, estamos ante un término funcional, cuyos alcances se establecen a través de las nociones propias del Convenio mismo. Definir la cobertura del Convenio 169 resulta crucial para su aplicación correcta, pero tal definición debe hacerse de conformidad con lo que exija este instrumento internacional. Así, por ejemplo, frente al planteamiento del gobierno de Guatemala que las políticas públicas del país se implementaban sin hacer distinción étnica, la Comisión sostuvo que "el Convenio prevé la implementación de una serie de políticas públicas dirigidas exclusivamente a los pueblos indígenas y que en ello radica la importancia de definir los criterios que determinan su campo de aplicación personal. La Comisión confía que el Gobierno hará lo posible para fijar, en consulta con los pueblos interesados, criterios para identificar a las poblaciones susceptibles de ser cubiertas por el Convenio, teniendo en cuenta que, al efecto, el párrafo 2 de este artículo establece que la conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental."[61].

El Convenio 169 se aplica a pueblos indígenas y tribales, y dada la dificultad de contar con una definición exacta de los mismos, combina elementos objetivos, relativos a características socioculturales y procedencia histórica de los referidos pueblos (art. 1.1)[62], con el elemento subjetivo de la autoidentificación de los individuos como pertenecientes a los pueblos indígenas y tribales (art. 1.2)[63]. La CEACR ha sido enfática en solicitar a los Estados que incorporen el criterio de autoidentificación de los miembros de los pueblos indígenas en las legislaciones

[61] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Guatemala, 2007, pár. 1.

[62] Acorde al artículo 1º del Convenio 169, éste se aplica: "a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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".

[63] Art. 1.2 del Convenio 169: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

nacionales[64]: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio", siendo deseable que dicho criterio sea incorporado en los censos de la población y que cuente con "expresión legislativa en consulta con los pueblos indígenas"[65].

Los criterios adicionales que contenga la legislación interna para definir la pertenencia de una persona a un pueblo indígena, no pueden tener como efecto alterar el ámbito de aplicación del Convenio. Así, por ejemplo, la ley mexicana, junto con usar el criterio de autodefinición, emplea el elemento de asentamiento físico de los integrantes de un pueblo indígena en un territorio. Sin embargo, el Convenio exige también "el reconocimiento de la condición de miembros de aquellos pueblos o comunidades indígenas que hayan perdido sus tierras ancestrales o se han reasentado en zonas urbanas"[66].

De la misma manera, las formalidades que pudiera establecer la ley interna del país como requisito de reconocimiento de una comunidad indígena no pueden restringir el goce de los derechos del Convenio. Se alegaba que en Argentina, de las 850 comunidades indígenas sólo el 15 por ciento estarían reconocidas ante el Instituto Nacional del Indígena (INAI), lo que les impedía defender sus derechos en tribunales o ante la administración pública. Si bien el gobierno de Argentina argumentaba que la personería jurídica de las comunidades indígenas se inscribía respetando las costumbres y formas de organización propias y firmando convenios sobre esta cuestión con las provincias, la Comisión invitó al gobierno de Argentina a asegurar que el trámite de inscripción tenga un carácter declarativo y no constitutivo[67].

www.cepchile.cl

[64] Por ejemplo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Perú, 1999, par. 2.

[65] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Paraguay, 2007, par. 1.

[66] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, México, 2002, par. 5.

[67] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Argentina, 2007, pár. 3.

2.3. Derecho a la participación en políticas públicas y autodeterminación de los pueblos indígenas

El espíritu de consulta y de participación, establecidos en los artículos 6[68] y 7[69], constituyen la piedra angular del Convenio 169, en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo[70]. La consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados[71]. Por lo tanto, se requiere entablar un procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir, la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta, que es la de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que el consentimiento a la me-

[68] 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".

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

[70] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Informe, 2000, pár. 31 y 33.

[71] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Guatemala, 2006, pár. 6.

www.cepchile.cl

dida en cuestión se obtenga[72]. Sin embargo, se debe garantizar que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente[73].

En esta labor el Estado no puede asumir un rol pasivo alegando, por ejemplo, que "las comunidades indígenas, por su propio albedrío, desarrollan acciones de construcción social comunitaria y autodeterminación de los pueblos. [...] que el gobierno no participa en estos procesos y se limita a velar por su autodeterminación y el respeto de las costumbres, creencias y demás rasgos ancestrales de estas comunidades." Más aún, el gobierno tiene la obligación de proporcionar recursos necesarios para que esas comunidades puedan desarrollar sus propias instituciones e iniciativas[74].

El artículo 6 del Convenio no establece exactamente el momento en que debe iniciarse la consulta, pero su espíritu indica que deben establecerse mecanismos que aseguren la consulta de las medidas legislativas y administrativas con la suficiente antelación para que dicha consulta resulte efectiva y significativa, esto es, las consultas deben emprenderse mientras los proyectos están aún en trámite[75]. Las normas del Convenio implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de hidrocarburos en su territorio ancestral, o con la continuación de las ac-

[72] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 89.

[73] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), Informe, 1999, pár. 78.

[74] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Ecuador, 2004, pár. 5.

[75] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Informe, 2006, pár. 64.

www.cepchile.cl

tividades iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Así, la obligación de consulta previa significa que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental[76]. Una consulta tardía, cuando ya los planes para el desarrollo de la región están definidos sin la participación de los pueblos indígenas, sería ineficaz[77]. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio[78]. Tampoco cumple con las exigencias del Convenio un procedimiento de consulta que se reduzca a una sola reunión en la que la medida proyectada y el estudio del impacto ambiental se relatan a la comunidad jurídica, sin contemplar su participación en la preparación y la formulación del plan de manejo ambiental[79]. Resulta insuficiente que durante el trámite legislativo las audiencias se realicen una sola vez con cada sector, persona u organización y no todas las personas u organizaciones tengan la oportunidad de ser oídas. Es necesario que se instaure un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos, tener la posibilidad de llegar a acuerdo[80].

La necesidad de tomar decisiones expeditas no debe perjudicar la realización de una consulta efectiva, para la cual se han de prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en los acuerdos tomados de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales. No se pretende sugerir que dichos modelos sean los únicos que pueden servir de base para un proceso de consulta en

www.sepdchile.cl

[76] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Informe, 2000, pár. 39.

[77] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Guatemala, 2009, pár. "Participación y consulta".

[78] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), Informe, 1999, pár. 90.

[79] Ibíd., pár. 75-76.

[80] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 94.

conformidad con el Convenio, pero si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación[81].

El artículo 6 del Convenio requiere que la consulta sea previa, lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental. En un caso que afectó a Ecuador, el proyecto cuestionado fue establecido antes de que el Convenio entrara en vigor en ese país. Sin embargo, en el momento en que entró en vigor surgió la obligación de la consulta relativa a toda actividad que afecte la aplicación del Convenio[82]. De la misma manera, no importa si la medida (en otro caso, la construcción de una carretera en Colombia) es nueva o si únicamente busca modernizar una obra ya existente, los trabajos que se emprendan tienen que definirse en consulta con las comunidades por las cuales atraviesa la obra y teniendo en cuenta el interés y derechos de las mismas. En ambas situaciones resultan aplicables las disposiciones del Convenio en lo que se refiere a la consulta y participación[83]. Si bien el proyecto ya había sido aprobado antes de que el Convenio entrara en vigor en el país, las obras estaban en curso. Desde el momento en que el Convenio entró en vigor, el gobierno tenía la obligación de consultar con los pueblos interesados sobre la consecución de las obras[84].

Otro elemento que los órganos de la OIT han subrayado enfáticamente es la necesidad de que la participación y la consulta con los pueblos indígenas se efectúe a través de sus propias instituciones repre-

[81] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), Informe,1999, pár. 79.

[82] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenasy tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Informe, 2000, par. 38.

[83] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCS), Informe, 2002, pár. 39.

[84] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), Informe, 1999, par. 82

sentativas. En este contexto el Comité de Expertos hizo observaciones sobre la situación en Venezuela respecto a la composición del Instituto a cargo de asuntos indígenas, el cual actuó como contraparte de la consulta. Mientras el presidente y el vicepresidente de la Junta Directiva del Instituto eran designados por el Presidente de la República previa propuesta de los pueblos indígenas, los demás miembros eran nombrados por el presidente del Instituto, con lo que no se garantizaba necesariamente la participación de los pueblos indígenas en este Instituto y su carácter representativo[85].

El Convenio no determina que un solo organismo representativo pueda iniciar procedimientos de consulta, por lo que el Comité entiende que todo organismo representativo designado por los indígenas debería gozar de esta posibilidad[86]. Conforme con lo que establece el artículo 6, 1, c), al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán 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, dando soluciones financieras a las dificultades que pudiera enfrentar un órgano representativo de los pueblos indígenas por falta de presupuesto[87].

El principio de representatividad constituye un componente esencial de las consultas. Aunque algunas veces resulta difícil determinar quién representa a una comunidad en particular, sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumplirá con los requisitos del Convenio[88]. No sería suficiente entablar un diálogo únicamente con las "organizaciones más representativas del movimiento

[85] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, República Bolivariana de Venezuela, 2008, par. 4.

[86] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Informe, 2006, pár. 78.

[87] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Informe, 2000, pár. 44.

[88] Ibíd.

www.sepensic.cl

indígena", en tanto que el Convenio se refiere a las "instituciones representativas de los pueblos indígenas"[89].

Frente al retiro voluntario de una organización indígena de la Coordinadora del Parlamento Mapuche de Argentina (con lo cual resultó autoexcluida de los mecanismos de representatividad), se estimó que dicha organización había renunciado a las posibilidades de participar en los órganos previstos por la normativa interna, pero eso no implicaba que, en la medida en que sea realmente representativa, haya perdido los derechos consagrados en el Convenio 169 y, en particular, el derecho de ser consultada y de participar en las cuestiones susceptibles de afectar directamente a las comunidades que representa. A juicio del Comité, "dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que ésta sea el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Pero es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados"[90].

En síntesis, la consulta prevista por el artículo 6 del Convenio 169 comprende requisitos específicos. Para que un intercambio de información y opinión se considere de conformidad con los requisitos de este precepto, deberá ser efectuado de buena fe mediante procedimientos apropiados a las circunstancias y convocando para ello instituciones representativas de los pueblos indígenas. Será apropiado para tales fines el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Es decir, la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas afectados, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso

[89] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 101.

[90] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Informe, 2006, pár. 74 y 75.

de consulta, éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para el intercambio, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes. La validez de los procesos de consulta previstos por el Convenio como mecanismo para prevenir y resolver conflictos depende de la construcción de mecanismos de diálogo fecundos. La consulta prevista por el Convenio no es por lo tanto un requisito formal, sino un verdadero instrumento de participación[91].

2.4. Los derechos sobre las tierras y recursos naturales

El artículo 14 del Convenio introduce, primero, la obligación de reconocer a los pueblos indígenas "el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan". En segundo lugar, contempla la obligación de tomar medidas para garantizarles la posibilidad de utilizar "tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia". Acorde con el inciso 2º del artículo 14, deberían tomarse "medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión". La aplicación práctica del artículo 14 ha sido observada por los distintos órganos de la OIT. Sus informes reflejan una importante discrepancia entre las expectativas de la Organización y la interpretación realizada por los gobiernos locales.

A juicio del CEACR, el artículo 14 del Convenio prevé que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, y deben brindar la posibilidad real para que éstos puedan solucionar sus reivindicaciones de tierras. Esto significa también que los gobiernos deben tomar los pasos necesarios para identificar las tierras que han sido tradicionalmente ocupadas por estos pueblos y garantizar una protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión. El gobierno debería poder dar cuenta de cómo funciona en la prác-

[91] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), Informe, 2006, pár. 42.

tica el proyecto especial de titulación de tierras y catastro rural, cuántas tierras han sido tituladas a pueblos indígenas y cuántas a personas no indígenas, cuál es el costo monetario del procedimiento, si es que existe, y finalmente cuáles son los requisitos a seguir para obtener la titulación y los textos legales que rigen tal procedimiento[92].

De conformidad con el artículo 14 del Convenio, "el gobierno debería desplegar esfuerzos para acelerar los procesos de regularización de las tierras que las comunidades indígenas ocupan tradicionalmente y asegurándose no sólo de garantizar sus derechos individuales sino también sus derechos colectivos y los diferentes aspectos de su relación con la tierra. En efecto, los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente y reconocidos por el Convenio no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevida de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica"[93]. En virtud del Convenio, el gobierno tiene la obligación de, por ejemplo, prevenir e impedir la pérdida continua de tierras indígenas, especialmente cuando es el resultado de "despojo" por parte de particulares o de demoras en los procedimientos judiciales. También tiene la obligación de garantizar que el marco legislativo, administrativo y judicial adoptado para implementar las reformas constitucionales no disminuya el grado de protección[94]. La experiencia de la OIT muestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen o asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, acaban perdiendo todas las tierras o parte de ellas. Aunque no está entre las funciones de la OIT la de determinar si la propiedad colectiva o individual era la más apropiada para los pueblos indígenas o tribales en una situación determinada, la Conferencia había decidido, cuando adoptó el Convenio, que involucrar

[92] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Perú, 1999, pár. 14.

[93] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), Informe, 2005, pár. 44.

[94] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 138.

a estos pueblos en la decisión sobre la forma de propiedad de la tierra era de extrema importancia[95].

Se reconoce que la regularización de las tierras requiere tiempo y que no basta con la adopción de legislación, sino que es el resultado de un proceso complejo. No obstante, los pueblos indígenas no deben resultar perjudicados por la duración de dicho proceso. En consecuencia, sería deseable que se adoptaran medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras de los pueblos interesados. La opinión vertida por el gobierno de Guatemala, en el sentido de que la tenencia de las tierras que las comunidades indígenas ocupan tradicionalmente era ilegal al no tener título de propiedad, iba en contra del Convenio cuyo artículo 14 reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente[96]. El Comité reconoce que existen dificultades para conciliar los derechos consagrados por el Convenio en materia de tierras con las disposiciones de los Códigos Civiles y otras derivadas del mismo. Sin embargo, se requiere la plena aplicación de estos artículos y entre ellos la institución de procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras[97].

En el caso de Costa Rica se informó que existían grandes áreas de tierras indígenas en manos de no indígenas y que el gobierno no contaba con los fondos suficientes para compensar a esas personas. Frente a ello, "la Comisión solicitó al Gobierno que le informe cómo intenta aplicar la ley indígena en lo referente al desalojo de estas personas, así como con qué otros medios legales se cuenta para accionar la devolución de tierras a sus propietarios ancestrales. Igualmente solicita al Gobierno que le informe si existen procedimientos adecuados dentro del sistema jurídico nacional disponibles para que los pueblos indígenas

[95] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Perú, 1999, pár. 5.

[96] Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), Informe, 2005, pár. 45.

[97] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Mexico del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR), Informe, 2001, pár. 134.

www.cepchile.cl

puedan ejercer el derecho a reivindicar áreas que hayan sido usurpadas o no delimitadas"[98].

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 15 del Convenio señala: "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 inscripción de las tierras bajo dominio del Estado no lo exime de la aplicación del artículo 15 del Convenio (párrafo 2º). Es decir, el Convenio contiene disposiciones particulares para los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas que sean propiedad del Estado pero no los excluye del campo de aplicación del Convenio. Por el contrario, el párrafo 2º del artículo 15 del Convenio está redactado justamente para los casos en que pertenezca al Estado la propiedad del subsuelo o de los recursos naturales[99].

Lo estipulado en el artículo 15 debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio, lo cual se traduce en la obligación de los gobiernos de velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas oportuna y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las actividades de exploración y explotación, sea de actividades mineras, petroleras o forestales[100]. El gobierno debería tomar las medidas adecuadas para que los pueblos interesados participen siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y para que perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades según lo establece el párrafo 2 de este artículo[101].

El artículo 15 supone la obligación de consultar a los pueblos afectados cuando los recursos naturales se encuentren en las tierras in-

[98] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Costa Rica, 1997, pár. 11.

[99] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, México, 2005, pár. 10.

[100] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Obrera Boliviana (COB), Informe, 1998, pár. 38.

[101] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Perú, 2003, pár. 3.

www.cepchile.cl

dígenas definidas en el párrafo 2 del artículo 13 del Convenio. Esta norma establece que "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". Con ello, el Convenio no solamente atañe a las áreas ocupadas por los pueblos indígenas, sino que abarca también "el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas... y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera" (artículo 7.1). En consecuencia, la existencia de un proyecto de exploración o de explotación de proximidad inmediata a las tierras ocupadas o utilizadas de alguna manera por los pueblos indígenas, o que afecte directamente los intereses de dichos pueblos, caería dentro del alcance del Convenio[102]. Acorde con lo anterior, fue considerado impertinente el criterio utilizado por el gobierno de Colombia para determinar si la ubicación de un proyecto de exploración o explotación en una región particular afectaría a dichas comunidades. El enfoque empleado por este país decía relación con la "presencia regular y permanente de comunidades indígenas", lo cual resultaba excesivamente restrictivo a la luz de las normas convencionales[103]. Asimismo, se ha señalado que el Convenio no exige que los pueblos indígenas tengan títulos de propiedad a los fines de poder participar en la consulta prevista en el párrafo 2º del artículo 15[104].

La realización por parte de una empresa de estudios de impacto ambiental no reemplaza la consulta. La obligación de efectuar la consulta recae en el gobierno del país signatario y no en una empresa particular[105]. En términos generales, en virtud del artículo 7.3 del Convenio se deberían efectuar estudios, en cooperación con los pueblos intere-

[102] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Guatemala, 2007, pár. 5.

[103] Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabadores (CUT), Informe, 1999, pár. 86.

[104] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), Informe, 2005, pár. 48.

[105] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Guatemala, 2006, pár. 13.

sados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Al respecto, el mismo artículo dispone que "los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas". En conclusión, los estudios de impacto ambiental previstos en la ley no son suficientes a efectos de este artículo, sino que deben incluir la incidencia "social, espiritual y cultural" y realizarse en cooperación con los pueblos interesados[106].

La jurisprudencia aquí reseñada permite sostener que los órganos de la OIT emplean en su labor los criterios de interpretación acordes con lo establecido en el derecho internacional, y en particular con lo plasmado en el párrafo 1º del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969[107]. Dichos cánones interpretativos tienen como consecuencia la confirmación de que, bajo el Convenio 169, las obligaciones de los Estados signatarios poseen un vasto alcance y requieren de una re-ingeniería fundamental de la administración pública y los procesos legislativos. A continuación se analiza cómo algunos de los países miembros del Convenio han emprendido la implementación de las obligaciones que consagra.

3. ESTUDIOS DE CASO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La sección anterior ilustró las formas de supervisión desarrolladas por la OIT con el fin de asegurar la implementación del Convenio 169. Si bien no se trata de un órgano jurisdiccional, su labor ofrece numerosas indicaciones respecto de la aplicación práctica de ese instrumento internacional. Paralelamente, surge la pregunta acerca de la procedencia de la aplicación directa del Convenio 169 por los tribunales locales. Un reciente estudio elaborado por la OIT demuestra que en algunos países signatarios, los tribunales nacionales son los órganos que

[106] Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), Informe, 2006, pár. 57.

[107] Dicho precepto señala: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

www.cepchile.cl

están a la vanguardia de la aplicación del Convenio[108]. Dentro del compendio señalado, destaca en particular la jurisprudencia de los tribunales de Colombia y especialmente de su Tribunal Constitucional. Dicha jurisprudencia se caracteriza por un alto nivel de elaboración dogmática y por el notorio impacto práctico con el que determinados derechos de los pueblos indígenas fueron afirmados por los tribunales de ese país[109].

Sin perjuicio de lo anterior, acorde con las disposiciones del Convenio 169, su implementación recae sobre los gobiernos de los países firmantes, quienes deben garantizar la existencia de instituciones, recursos y medidas legislativas requeridos para ello (artículos 2 y 33 del Convenio). El Convenio 169 cuenta con un total de 20 ratificaciones, la mayoría de las cuales corresponde a países latinoamericanos, a los que se suman España, Holanda, Noruega y Dinamarca, Fidji y Nepal[110]. Como se verá a continuación, en algunos de los casos, las medidas prescritas por el Convenio 169 se incorporan en las políticas indígenas generales del país. La presente sección describe la implementación del Convenio 169 en los sistemas jurídicos nacionales de Noruega, México y Argentina, escogidos como ejemplos de realidades socioculturales distintas, pero con un importante despliegue de medidas conducentes a la implementación de las normas convencionales.

3.1. Noruega

Noruega es el país nórdico con mayor población saami (los otros son Suecia, Finlandia y Rusia)[111], y es el único de ellos y primero de la totalidad de los países que han ratificado el Convenio 169.

Hasta los años setenta, los intereses saami no fueron objeto de consideración por las autoridades noruegas. Los saami eran vistos más bien como destinatarios de políticas de asimilación y de numerosas me-

[108] Organización Internacional del Trabajo (OIT), "La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina", 2010, http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/lang--en/docName--WCMS_123946/index.htm.

[109] Ibíd., pp. 64-127.

[110] Organización Internacional del Trabajo (OIT), http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm.

[111] John Henriksen, "The Continuos Process of Recognition and Implementation of the Samiu People´s Right to Self-Determination", 2008, pp. 27-28.

didas orientadas a separarlos de su tradicional forma de vida[112]. Los saami tampoco fueron concebidos por las autoridades como pueblos indígenas, contrariamente a la opinión defendida al comienzo por los funcionarios del Ministerio Exterior. Entre los años 1979 y 1982 se produce un conflicto entre las autoridades y la sociedad civil con relación a la construcción de la represa sobre el río Alta-Kautokeino, en el cual intervienen los grupos ambientalistas y los saami[113]. Aunque en esta ocasión la Corte Suprema falló a favor del gobierno, el caso puso el tema frente a toda la nación y exigió replantear las políticas hacia la asimilación de los saami. Ello condujo a la constitución de la Comisión de los Derechos de los Saami, la que colaboró en la aprobación de la Ley sobre sus derechos en el año 1987 y en la reforma de la Constitución que en el año 1988 reconoció a los saami como un pueblo de Noruega[114]. Ese cambio de paradigma en la política de Noruega se hizo también notar en la forma en que participó en la negociación del Convenio 169. Al inicio, una de las principales inquietudes de ese Estado fue el tema del derecho sobre las tierras. El delegado en la Conferencia proponía equiparar la noción "derecho de propiedad" a la "derecho de uso" o "derecho de uso preferencial". La propuesta fue rechazada por la Conferencia por debilitar el nivel de protección en comparación con el Convenio 107. En la última fase de negociación, Noruega retiró su propuesta de modificación con ánimo de avanzar en la aprobación del Convenio 169[115].

La Ley sobre el Parlamento Saami y Otras Materias Relacionadas con los Saami (Ley Nº 56 de 12 de junio de 1987) establece un Parlamento Saami, cuyos representantes son elegidos por la población saami de todo el país. Los gastos relacionados con las elecciones son cubiertos por el Estado. Tienen derecho a voto todas las personas que participen en elecciones municipales y que se encuentren inscritas en los registros de votantes saami. Dicho registro abarca a aquellas personas que se consideran saami, o bien que hablan idioma saami como su lengua materna en su hogar o tienen a un padre o abuelo que hable saami como

[112] Malgosia Fitzmaurice, "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North", 2009, p. 84.

[113] Henry Minde, "Sami Land Rights in Norway: A Test Case for Indigenous Peoples", 2001, p. 113.

[114] Malgosia Fitzmaurice, "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North", 2009, p. 89.

[115] Henry Minde, "Sami Land Rights in Norway: A Test Case for Indigenous Peoples", 2001, pp. 118 y 120.

su lengua materna en el hogar. Cualquier persona incluida en el registro puede, asimismo, postular a un escaño en el Parlamento. La nominación del candidato debe estar firmada por a lo menos 15 saami.

El Parlamento tiene poder de decisión cuando así lo establece la ley y su competencia se extiende a todas las materias que afecten a los saami. El Parlamento puede, por su propia iniciativa, plantear temas dentro del ámbito de su competencia y pronunciarse sobre ellos. Las autoridades públicas deben dar al Parlamento la oportunidad de expresar su opinión antes de tomar cualquier decisión sobre los temas que están dentro de su ámbito de competencia.

La Ley, asimismo, reconoce un área administrativa para el idioma saami, dentro de la cual ese idioma se usa en forma paralela al noruego, tanto en los actos de órganos estatales y municipales, ante los tribunales, como en los sistemas de salud y de educación.

El 1 de junio de 2005 fue aprobado el documento llamado "Procedimientos de Consultas entre Órganos Estatales y el Parlamento de Saami", elaborado con participación de este último. El Procedimiento se aplica con respecto a los temas relevantes para la cultura saami, incluyendo los derechos sobre la tierra. Las materias de naturaleza general que afecten a la sociedad en su totalidad no son objeto de consultas obligatorias[116]. Las consultas tienen que efectuarse de buena fe, con el objeto de alcanzar acuerdo sobre las medidas propuestas. Las autoridades tienen la obligación de informar al Parlamento Saami sobre el inicio de cualquier iniciativa que los pueda afectar, y el Parlamento responderá tan pronto como sea posible si requiere realizar consultas. El Parlamento puede, asimismo, plantear los temas para consultas por su propia iniciativa. En los casos en los cuales hay acuerdo entre el Parlamento y las autoridades sobre la necesidad de realizar las consultas, se buscará elaborar un plan de trabajo en el marco de tiempo que permita realizar consultas genuinas y efectivas. En 2006, el Ministerio de Trabajo e Inclusión Social elaboró una guía comentada sobre la aplicación del Procedimiento. En el período 2005-2007, el Parlamento Saami y el Ministerio de Medioambiente condujeron una serie de consultas relativas al uso de los recursos naturales en las tierras habitadas por los saami, alcanzando un acuerdo sobre los trabajos para la conservación de la naturaleza en esa región[117].

[116] Gobierno de Noruega, Informe a la OIT, 2008, http://www.regjeringen.no/se/dep/aid/Fadda-/Samepolitihkka/Riikkaidgaskasa-algoalbmotbargu/report-on-convention-no-169-concerning-i.html?id=548646.

[117] Ibíd.

El siguiente paso en el desarrollo de la norma constitucional fue la aprobación de la Ley sobre la Regulación y Administración de Tierras y Recursos Naturales en el Condado de Finnmark (Nº 85)[118]. Esta Ley creó un régimen administrativo especial en el territorio de la región Finnmark, cubriendo el 95% de la misma y abarcando 72.600 habitantes[119]. Previo a su aprobación, el Parlamento de Noruega solicitó al Ministerio de Justicia designar expertos independientes con el fin de evaluar el potencial de la Ley de cumplir con las normas internacionales sobre los derechos indígenas. El informe que se citará a continuación da mayormente una respuesta negativa a la pregunta por la concordancia entre las normas más relevantes de la Ley y el Convenio 169[120].

El artículo 1 de la Ley define su propósito como el de "facilitar una administración de las tierras y recursos naturales en el condado de Finnmark de una manera balanceada y ecológicamente sustentable para el beneficio de los habitantes del condado y en particular como base para la cultura saami, el pastoreo de renos, el uso de las áreas no cultivadas, la actividad comercial y vida social" (art. 1). La Ley deberá aplicarse con los parámetros[121] que establece el Convenio 169 y de conformidad con las normas del derecho internacional relativo a los derechos indígenas, con observación de los tratados internacionales de pesca. Sin embargo, la Ley no establece cómo resolver un conflicto entre una norma eventualmente incompatible con el Convenio 169[122].

La Propiedad de Finnmark (Finnmarkseiendommen, Finnmárkkuopmodat o Finnmark Estate) es un ente legal independiente, que se constituye en propietario y administrador de las tierras y recursos naturales bajo su jurisdicción. Es administrado por un directorio compues-

[118] Ley sobre la Regulación y Administración de Tierras y Recursos Naturales en el Condado de Finnmark, de 17 de junio de 2007, www.regione.taa.it/biblioteca/minoranze/norvegia1.pdf.

[119] Malgosia Fitzmaurice, "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North", 2009, p. 100.

[120] Hans Setter Graver y Geir Ulfstein, "The Sami People´s Right to Land in Norway", 2004, pp. 337-377.

[121] La traducción al inglés usa la expresión "limitations", sin embargo la palabra noruega "begrensninger" también puede ser traducida como "parameters". Barbara Ann Hocking, "Land and Natural Resource Management in the Context of International Obligations to Indigenous Citizens: A Case Study of Norway's Finnmark Act", 2005, nota 10.

[122] Hans Setter Graver y Geir Ulfstein, "The Sami People's Right to Land in Norway", 2004, p. 361.

to por seis personas elegidas por cuatro años renovables, sin que puedan permanecer en el cargo por más de diez años. El Parlamento Saami elige a tres de ellas y otras tres son designadas por la administración del condado. Un miembro sin derecho a voto es designado por el Rey. De las personas elegidas por el Parlamento, por lo menos una tiene que representar a los pastores de renos. El sistema establecido, sin embargo, no distingue entre los territorios de los saami y aquellos administrados por la Propiedad de Finnmark y no se otorgan derechos especiales a los saami como pueblo indígena[123]. Frente a ello se observa que la composición del directorio, el rol de los lineamientos que emite el Parlamento Saami y las reglas de la toma de decisiones sobre la disposición sobre las tierras, no les otorgan a los saami los derechos dominantes de administración de las tierras que exige el Convenio 169[124]. Si bien la Ley establece que la administración de un territorio más grande que el habitado tradicionalmente por los saami debe efectuarse de manera que tome en cuenta las necesidades de su desarrollo, no excusa —desde la perspectiva del Convenio 169— la inobservancia de la obligación de reconocer sus derechos de propiedad sobre aquellas tierras[125].

Determinante resulta lo establecido en el artículo 5 de la Ley: "A través del uso prolongado de tierras y aguas los saami han adquirido, colectiva e individualmente, derechos sobre la tierra en Finnmark". Interesa destacar que ya desde fines de los años sesenta la jurisprudencia noruega ha ido reconociendo —aunque no siempre de manera constante— los derechos consuetudinarios de los saami sobre determinados territorios para realizar las actividades de pastoreo de renos. Tal jurisprudencia se consolida en forma definitiva con dos sentencias dictadas por la Corte Suprema en el año 2001, en las cuales el concepto de derechos consuetudinarios fue desarrollado a la luz de las características propias de la actividad de pastoreo[126].

El Parlamento Saami puede entregar lineamientos para evaluar los efectos que tendrían los cambios de uso de las tierras incultivadas en la vida cultural y socioeconómica de los saami. Tales lineamientos deberían ser aprobados por el poder ejecutivo, el que evaluará si han

[123] Ibíd., p. 356.
[124] Ibíd., pp. 357 y ss.
[125] Ibíd., p. 362.
[126] Eva Josefsen, "Norwegian Legislation and Administration – Saami Land Rights", 2007, pp. 12-15.

sido formulados dentro del marco establecido por la norma recién mencionada. Un desacuerdo sobre el contenido de los lineamientos entre el ejecutivo y el Parlamento conduce a su no aprobación. Los lineamientos del Parlamento tienen que seguirse a la hora de decidir acerca de los cambios propuestos. En otras palabras, el Parlamento Saami no posee la última palabra sobre el contenido de los lineamientos[127].

Una evaluación de lo anterior señala que la Ley no cumple con el art. 14 del Convenio, en particular con la frase primera del inciso primero, dado que no les reconoce a los saami "derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan". Esta norma no exige entregar un título de propiedad a los pueblos indígenas. Pero su interpretación a la luz de otros preceptos del Convenio, en particular los artículos 13 y 7, hace ver que los niveles de protección que ofrece la frase primera del inciso primero no pueden ser equiparados a los consagrados en la frase segunda, o en otras palabras, no pueden sustituirse por el derecho a utilizar las tierras a las que tradicionalmente hayan tenido acceso para garantizar su subsistencia[128]. Lo que requiere el art. 14 en su primera frase es que en las áreas tradicionalmente habitadas por los saami, a ellos se les reconozcan los derechos que en el sentido legal y de facto correspondan a derechos de propiedad bajo la ley noruega[129].

La Propiedad de Finnmark administra los recursos naturales renovables de conformidad con las leyes sobre la protección de la naturaleza y distintas especies. A través de los artículos 22 a 28, la ley establece derechos de caza, pesca, talado de árboles y la recolección de frutas en el territorio de Finnmark y la forma de regularlos por parte de la Propiedad de Finnmark. Tales derechos son más extensos para los habitantes del territorio que para aquellas personas no habitantes. Los derechos de estas últimas a efectuar esas actividades podrían ser restringidos o sometidos al pago de una licencia. Sin embargo, el régimen establecido no ha estado exento de crítica, principalmente porque el derecho a aprovechar los recursos renovables, que va más allá de las normas generales del derecho noruego, ha sido otorgado a los habitantes de Finnmark, sin favorecer exclusivamente a los saami. Asimismo, la crí-

[127] Hans Setter Graver y Geir Ulfstein, "The Sami People´s Right to Land in Norway", 2004, p. 359.

[128] Ibíd., pp. 352-355.

[129] Ibíd., p. 357.

tica ha apuntado a que los derechos de administración de tales recursos no les fueron transferidos, ni siquiera en las tierras que les pertenecieran debido a su uso desde tiempos inmemoriales[130].

La experiencia de Noruega permite apreciar que un esquema administrativo que pone de relieve algunas de las facultades de autogobierno de los pueblos originarios no es automáticamente compatible con las exigencias plasmadas en el Convenio 169. La sofisticación del sistema desarrollado en el caso de Noruega queda corta frente a la interpretación de las normas convencionales en el sentido corriente de los términos que suelen emplear los órganos de la OIT.

3.2. México

A inicios del siglo XX el Estado mexicano había desplegado una política destinada a resolver "el problema indígena", buscando para ello lograr una integración o asimilación de los pueblos originarios a la sociedad nacional. En el año 1948 se creó el Instituto Nacional Indigenista (INI), dependiente del Ministerio de Educación, institución que definía su contribución a este emprendimiento de la siguiente manera: "Nuestro problema indígena no es el de conservar indígena al indígena ni el de indigenizar a México, sino el de mexicanizar al indígena."[131].

Recién en la Constitución de 1992, trascurridos dos años desde la ratificación por parte de México del Convenio 169 de la OIT, el estatus legal específico de los pueblos indígenas fue por primera vez reconocido a nivel de la Constitución Política del Estado. Sin embargo, tal reconocimiento había sido restringido únicamente a lo relacionado con los derechos culturales de los pueblos originarios[132], limitación que, a lo largo de los años noventa, impulsó diversas iniciativas de reforma constitucional. Entre ellas figuró el proyecto encargado en 1996 a la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), cuya elaboración no prosperó debido a la ruptura del diálogo entre el Ejecutivo mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. No obstante, dicho pro-

[130] Ibíd., pp. 366-371.

[131] Presidente Cárdenas en el Primer Congreso Indigenista Interamericano realizado en Pátzcuaro en 1940, citado por Pierre Beaucage y Rosa Cusminsky, "La Condición Indígena en México", 1988, p. 207.

[132] Shannon Speed y Jane F. Collier, "Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights", 2000, p. 883.

yecto, aunque sufrió importantes modificaciones, sirvió de base para la reforma constitucional aprobada por el Congreso el 25 de abril de 2001[133]. Con ello, fueron reformados los artículos 1°, 2°, 4°, 18 y 115 de la Constitución. El artículo 2º constituye el pilar fundamental de la nueva normativa, a través del cual se introduce un concepto más elaborado de los pueblos indígenas, se establece un catálogo avanzado de sus derechos y, como correlato de éstos, se consagra una serie de obligaciones de acción de los poderes públicos del Estado.

En cuanto a la definición de los pueblos indígenas, el nuevo artículo 2º de la Constitución afirma que "la Nación Mexicana es única e indivisible", y junto con ello reconoce que "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." Con ello, la diferencia cultural se consagra —en reemplazo del concepto de la nación homogénea y "mestiza"— como uno de los pilares fundamentales del Estado mexicano, y que se desglosa a través de disposiciones relativas a los principios del pluralismo cultural, político y jurídico[134]. El inciso siguiente de la norma recoge, en sintonía con lo establecido en el Convenio 169, el criterio subjetivo de autoadscripción al señalar que "la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas". Al mismo tiempo se introduce el concepto de "comunidades integrantes de un pueblo indígena", que son aquellas que "formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres". Corresponde a "las constituciones y leyes de las entidades federativas" el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas.

Sin embargo, la reforma constitucional no llegó a otorgarles a los pueblos y comunidades indígenas el estatus de sujetos de derecho público. De haber contado con dicho estatus, semejante al de un municipio o un estado federal, habrían sido considerados como personas jurídicas

[133] María del Pilar Pérez Sánchez, *Multiculturalismo: Derecho de Participación Política de las Minorías Indígenas*, 2009, pp. 74-75.

[134] Jorge Alberto González Galván, *Los Derechos del Pueblo Mexicano: México a Través de sus Constituciones,* 2006, p. 403.

creadas por ley, con plena capacidad jurídica para ejercer sus derechos y contraer obligaciones. En cambio, su estatus actual corresponde al de los "sujetos de interés público", que "encarnan el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado".[135] Esta situación fue criticada por la OIT[136] y, asimismo, a nivel del gobierno mexicano se ha reconocido que la regulación constitucional es insuficiente, dado que impide a los pueblos indígenas hacer valer sus derechos en calidad de sujetos: "En el caso de los pueblos y comunidades indígenas, su mención y definición en la Constitución Federal no bastan para probar su existencia legal, se requiere la manifestación expresa del legislador para conformar entidades de derecho público que gocen de personalidad y capacidad jurídica plenas, con todas las consecuencias legales inherentes: no sólo capacidad de goce (como en el caso de las entidades de interés público) sino, más acabadamente, capacidad de ejercicio (elemento inmanente al sujeto de derecho público). Mientras esto no suceda su existencia no puede ser probada legalmente y por lo tanto no pueden contraer obligaciones ni ejercer sus derechos como entidad colectiva"[137].

Conforme a lo señalado en el artículo 2º de la Constitución, el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se realiza a través de las "constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico." Ante la pregunta por la forma en que las leyes federales deben abordar la regulación de este asunto, la Suprema Corte de Justicia de México resolvió que ninguna ley secundaria pueda limitar las disposiciones constitucionales correspondientes, pero que éstas son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local. Los congresos locales, al legislar sobre lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución, deben hacerlo bajo el criterio de que los derechos otorgados a la población indígena "son derechos mínimos que

[135] María del Pilar Pérez Sánchez, *Multiculturalismo: Derecho de Participación Política de las Minorías Indígenas*, 2009, p. 75.

[136] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, México, 2006.

[137] Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *La Vigencia de los Derechos Indígenas en México 2007*, 2007, p. 32.

deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos"[138].

Aunque las constituciones estatales regulan el reconocimiento y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas de manera consistente con la Constitución Federal[139], solamente algunos estados —Oaxaca, San Luis Potosí, Querétaro y Durango— reconocieron la personalidad jurídica de derecho público a los pueblos y comunidades indígenas[140]. Así por ejemplo, la Constitución del estado de Oaxaca establece en su artículo 16: "El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran. El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales. La ley reglamentaria establecerá las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas"[141].

En lo relativo al catálogo de los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 2º de la Constitución reconoce su derecho a la libre determinación, el que "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional". Seguidamente, la disposición se desglosa en dos apartados: el apartado A, que precisa los derechos políticos de los que gozan con el fin de hacer valer el derecho de libre determinación, y el apartado B, que contempla las obligaciones de la

[138] Citado por Erica Lily Díaz, Nahieli Gómez y Norma González *et al*., "Estrategias de Defensa para los Pueblos Indígenas", *Litigio Estratégico en México: La Aplicación de los Derechos Humanos a Nivel Práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*, 2007, p. 76.

[139] Jorge Ulises Carmona Tinoco, "La Incorporación de los Derechos Humanos en las Constituciones Locales Mexicanas", *Memorias del Seminario la Armonización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México*, 2005, p. 109.

[140] Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *La Vigencia de los Derechos Indígenas en México 2007*, 2007, p. 32.

[141] Constitución del estado de Oaxaca, http://www.redindigena.net/leyes/mex/esta/consti/oaxaca.html.

www.cepchile.cl

Federación, de los estados y municipios, tendientes a facilitar el ejercicio de tales derechos.

Los derechos consagrados en el apartado A podrían ser agrupados en derechos relativos al (a) autogobierno, (b) preservación de la identidad cultural y de lenguas originarias, (c) aplicación de las normas tradicionales y acceso a justicia, y (d) acceso a las tierras y recursos naturales.

Respecto del primero de esos derechos, el artículo 2º establece entre otras cosas que las comunidades indígenas podrán elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. El 15 de julio de 2004, el Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE) emitió el Acuerdo, aprobado en consultas con los pueblos indígenas, por medio del cual se establecieron los criterios para la división del territorio nacional en distritos electorales federales uninominales. A partir del 11 de febrero de 2005 el Consejo General del IFE aprobó la demarcación territorial de los 300 distritos electorales federales uninominales en los que se divide el país para los procesos electorales a efectuarse hasta el año 2009. Durante el proceso de demarcación de los distritos, se tomó en cuenta a la población indígena como un criterio para la conformación de los distritos electorales. Como resultado de este proceso, existen 28 distritos electorales indígenas, esto es, distritos en los cuales la población indígena representa el 40% o más de la población[142].

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención el artículo 115º de la Constitución, el que señala que "las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley". La norma modificó la propuesta inicial del proyecto de COCOPA, que contemplaba el derecho al "ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía, pudiendo abarcar uno o más pueblos indígenas". El tenor de la disposición vigente ha sido objeto de crítica, dado que restringe los derechos de los pueblos indígenas en tanto sólo podrían ser ejecutados a través de las comunidades dentro del ámbito municipal y de conformidad a la legislación vigente[143].

---

[142] Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *La Vigencia de los Derechos Indígenas en México 2007*, 2007, pp. 24-25.

[143] Marco Aparicio Wilhelmi, "La Libre Determinación y la Autonomía de los Pueblos Indígenas. El Caso de México", 2009, pp. 26-27.

Para promover los derechos relacionados con el uso de las lenguas indígenas, en 2003 fue aprobada la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas[144]. En su artículo 7º, la Ley establece que "las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública". Para garantizar el cumplimiento de esos derechos, los gobiernos territoriales, "en consulta con las comunidades indígenas originarias y migrantes, determinarán cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e instrumentarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender y resolver los asuntos que se les planteen en lenguas indígenas". En cambio, en los municipios con comunidades en las que se hablen lenguas indígenas se deben adoptar tales medidas en todas sus instancias. Junto con lo anterior se establece la prohibición de discriminación basada en las distinciones idiomáticas[145], y se consagran numerosos derechos relativos al aprendizaje y goce de las lenguas nativas en el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI)[146], creado bajo el alero de la Secretaría de Educación Pública, cuyo objeto es "promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional, el conocimiento y disfrute de la riqueza cultural de la Nación, y asesorar a los tres órdenes de gobierno para articular las políticas públicas necesarias en la materia". El INALI ha desplegado numerosas actividades relacionadas con la producción de catastros y normalización de las lenguas indígenas, y con la elaboración y enseñanza de reglas de traducción[147].

En materias jurídicas, el artículo 2º de la Constitución garantiza a los pueblos indígenas el derecho de "aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres". La tensión entre las normas tradi-

[144] *Diario Oficial de la Federación*, 21 de mayo de 2003.

[145] Los estudios muestran que hasta el español hablado con algún acento indígena constituye causa de discirminación en los ámbitos social y laboral. Véase Roland Terborg, Laura García Landa y Pauline Moore, "The Language Situation in Mexico", 2006, pp. 488-500.

[146] Para mayor información véase http://www.inali.gob.mx.

[147] Dirección General de Derechos Humanos y Democracia, Secretaría de Relaciones Exteriores de México, "Derechos Humanos: Agenda Internacional de México", 19 de mayo de 2009.

cionales y los principios generales de garantías individuales no deja de ser importante, como ilustra el caso de una localidad en la cual algunas personas indígenas fueron detenidas en forma preventiva y sometidas a un juicio tradicional, lo cual podría considerarse atentatorio al principio del debido proceso. Los afectados, si bien no reconocieron las responsabilidades que les habían sido imputadas, asumieron determinados compromisos de conducta para el futuro, lográndose finalmente la tranquilidad dentro de la comunidad[148].

A partir de la enmienda constitucional, se han efectuado asimismo modificaciones en códigos penales adjetivos y sustantivos. En particular, fueron introducidas normas específicas para facilitar tanto el uso de los idiomas nativos en los juicios como la disponibilidad de intérpretes en los procedimientos, como asimismo para garantizar la consideración de las costumbres locales y regular las condiciones de encarcelamiento de personas indígenas[149]. Es interesante destacar que en el año 2006 se llegó a interponer un recurso de amparo ante la Corte Suprema de México en el idioma chinanteco. El recurso buscaba revocar un auto de prisión dictado contra un ciudadano indígena que había sido sorprendido portando marihuana. Debido a su liberación, el procedimiento de amparo fue sobreseído[150].

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras, éste se define a través del numeral VIº como el de "acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley". Este precepto debe ser leído en conjunto con el artículo 27º de la misma Constitución

[148] Shannon Speed y Jane F. Collier, "Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights", 2000, pp. 891 y ss.

[149] Véanse, por ejemplo, los artículos 28 a 30, 87, 95, 103, 124, 124bis, 128, 146, 154, 220, 220bis, 223, 246, y 388 del Codigo Federal De Procedimientos Penales de México.

[150] Jorge Alberto González Galván, "El Primer Juicio de Amparo en Lengua Indígena: Los Idiomas del Derecho en el México Pluricultural del Siglo XXI", *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, 2008, p. 527.

www.cepchile.cl

que consagra la estructura del régimen jurídico de propiedad en México y establece la propiedad originaria de la nación de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional. La propiedad se divide en pública (patrimonio nacional o del Estado), privada (la de los particulares) y social (regímenes de tenencia de tierra ejidal y comunal). El segundo párrafo del numeral VIIº señala que la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas, pero este precepto no ha tenido desarrollo legislativo[151]. Lo anterior, unido a la falta de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas bajo la ley mexicana, hacen compleja la implementación del derecho a modo de un derecho colectivo.

El apartado B del precepto consagra numerosas obligaciones de los poderes estatales, tendientes a "promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria". Las obligaciones más específicas abarcan las siguientes líneas de acción: impulsar el desarrollo económico de los pueblos indígenas; fortalecer la escolaridad y la educación bilingüe e intercultural, lo que incluye la obligación de establecer un sistema de becas; asegurar el acceso al sistema de salud, haciendo uso de la medicina tradicional y apoyando programas de nutrición, especialmente infantil; garantizar acceso a la vivienda, a los servicios sociales básicos y espacios de recreación; mejoramiento de la situación de las mujeres indígenas; extender las redes de comunicación, también con el fin de que puedan difundir su cultura; establecer facilidades económicas a la productividad y al desarrollo sustentable; proteger los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias en el país y en el extranjero; incorporar los pueblos indígenas en la planificación del desarrollo nacional y estatal a través de las consultas; y garantizar partidas presupuestales destinadas para cumplir con estas obligaciones.

Como principal órgano promotor de esas políticas públicas se constituye la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), sucesora del Instituto Nacional Indigenista. CDI opera en base a una ley del mismo nombre[152] y cuenta con un Estatuto Orgánico[153]. Su misión general está definida por ley: "orientar, coordinar,

[151] Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *La Vigencia de los Derechos Indígenas en México 2007*, 2007, p. 21.

[152] *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de mayo de 2003.

[153] *Diario Oficial de la Federación*, el 13 de noviembre de 2006.

promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política" (art. 2 de la Ley). De ello se desprende que la CDI no define en forma autónoma políticas legislativas y administrativas en relación con los pueblos indígenas, en cambio funciona como órgano auxiliar en la etapa de su formulación y posee ciertas facultades en la etapa de implementación de estas políticas.

Esta funcionalidad auxiliar es, asimismo, reflejada en la estructura orgánica de la CDI, la cual es supervisada por una Junta de Gobierno, compuesta por los titulares de distintos ministerios y secretarías federales. La administración de la CDI recae en el Director General, designado y removido por el Presidente de la República. La participación de los pueblos indígenas en la CDI se plantea por intermedio del Consejo Consultivo, siendo éste un "órgano de consulta y vinculación con los pueblos indígenas y la sociedad" (art. 5 de la Ley). El Consejo es integrado por los representantes de los pueblos indígenas, de instituciones académicas y de investigación nacionales, especialistas en materia indígena, de organizaciones sociales que trabajen con las comunidades indígenas, por los integrantes de las mesas directivas de las Comisiones de Asuntos Indígenas de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y por un representante de cada uno de los gobiernos de las entidades federativas en las que estén asentados pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, los representantes indígenas deben permanecer siempre en mayoría y uno de ellos presidirá las reuniones trimestrales del Consejo Consultivo.

Un análisis más pormenorizado de las acciones tomadas por las distintas entidades públicas superaría por completo los límites del presente estudio[154]. A modo de ejemplo, podemos señalar que, acorde al informe de la CDI correspondiente a las actividades del año 2008, destacan como logros más importantes el reconocimiento que se dio a la diversidad lingüística con la emisión por parte del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas del Programa de Revitalización, Fortalecimiento y Desarrollo de las Lenguas Indígenas Nacionales 2008-2012; el inicio de

[154] Véanse los informes anuales de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) en http://www.cdi.gob.mx, que dan cuenta de la labor legislaiva, administrativa, de programas y acciones y del desarrollo jurisprudencial en la materia, todo ello a nivel federal, estatal y municipal.

la Consulta sobre los Mecanismos para la Protección de los Derechos de los Conocimientos Tradicionales, Expresiones Culturales, Recursos Naturales, Biológicos y Genéticos de los Pueblos Indígenas; la construcción de índices para analizar diferentes ámbitos de la realidad indígena de México; la difusión de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mediante campañas radiales y la publicación de su texto en una edición de bolsillo con traducción a 20 lenguas indígenas. En total se habían realizado 58 programas o acciones federales, invirtiéndose 47.133,7 millones de pesos mexicanos[155]. En cuanto a desafíos pendientes desde el punto de vista del Convenio 169, destaca la aprobación de la personalidad jurídica de los sujetos colectivos, la definición de las competencias de las autoridades indígenas, la participación política y la protección a los conocimientos tradicionales. También se subraya que si bien varios municipios con porcentaje elevado de población indígena cuentan con representantes ante el ayuntamiento, ello no ocurre todavía en municipios grandes como Monterrey y Guadalajara, ni en las delegaciones del Distrito Federal[156].

Lo anterior permite apreciar que en México la implementación del Convenio 169 se ha visto fortalecida a través de una reforma constitucional que ha permitido elevar algunos de sus estándares a nivel de derechos y obligaciones de rango jurídico superior. Al mismo tiempo, a diferencia de Noruega donde el énfasis ha estado puesto en fortalecer el autogobierno de los pueblos indígenas, la implementación mexicana del Convenio 169 se realiza primordialmente a través de un despliegue de diversos programas gubernamentales tendientes a paliar determinadas situaciones de exclusión de los miembros de los pueblos indígenas.

3.3. Argentina

Durante el siglo XIX, bajo el discurso de un país "mestizo" o "blanco"[157], los pueblos originarios de Argentina fueron sometidos a procesos de asimilación forzosa o sufrieron de campañas militares de

[155] Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *Acciones de Gobierno para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas Informe 2008*, 2009, pp. 401-402.

[156] Ibíd., p. 404.

[157] Oscar Chamosa, "Indigenous or Criollo: The Myth of White Argentina in Tucumán's Calchaquí Valley", 2008, pp. 71-106.

aniquilación[158]. En el texto constitucional del año 1853 la referencia a los pueblos indígenas se hacía atribuyendo al Congreso de la Nación la facultad de "conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo" (inciso 15 del art. 67). A lo largo del siglo XX, la importancia y visibilidad de los pueblos originarios en las políticas públicas del Estado argentino era fluctuante, aunque disminuyó particularmente durante los períodos de gobiernos dictatoriales. A partir de los años sesenta, de conformidad con las tendencias internacionales, comienzan a formularse políticas indígenas. En esos años Argentina ratifica el Convenio 107 de la OIT[159] y adhiere al Convenio 169 en el año 1992.

Previamente, en el año 1985, fue aprobada la Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, la que estipuló una serie de líneas de acción prioritarias en la materia. Tales políticas corresponden principalmente a tres ámbitos: el acceso de los pueblos indígenas a la propiedad de la tierra y el uso de ésta con fines de explotación económica (arts. 7-13); los derechos y programas en materia de educación (arts. 14-17), y la protección de la salud de sus integrantes (arts. 18-21). La implementación de la Ley estaba encomendada al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), establecido "como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social" (art. 5). Sin embargo, el funcionamiento del INAI inicialmente había sido entorpecido por falta de un reglamento coherente que sentara las bases de su operatividad. El primer Reglamento fue aprobado recién en el año 1989, a través del Decreto 159, y fue seguido por el Decreto 667 del año 1991, el que oscureció aún más el estatus legal del Instituto. Frente a ello, las organizaciones indígenas iniciaron una acción ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal. El juicio terminó en el año 2000 y el dictamen del tribunal ordenó la institucionalización del INAI en los términos previstos por la Ley. La controversia fue definitivamente cerrada en el año 2003, cuando a través del decreto 246, destinado a dar cabal cumplimiento de la sentencia, el presidente del INAI fue finalmente designando[160].

[158] Héctor Hugo Trinchero, "The Genocide of Indigenous Peoples in the Formation of the Argentine Nation-State", 2006, pp. 127-133.

[159] Claudia Lozano, "Indigenous People, Rights, and the State in Argentina", 2005, pp. 612-616.

[160] Lucia Martin, "El INAI-Instituto Nacional de Asuntos Indígenas", http://www.indigenas.bioetica.org/inves47.htm.

El INAI es dirigido por un presidente nombrado por el Ejecutivo y cuenta con un Consejo de Coordinación integrado por representantes de distintos ministerios y por "representantes elegidos por las comunidades aborígenes" (art. 5). Con el propósito de optimizar la participación de los pueblos indígenas en el INAI, el Instituto creó, en el año 2004, un Consejo de Participación Indígena (CPI)[161], al que le corresponde determinar los criterios para escoger a los representantes en el Consejo de Coordinación junto con hacerse parte de la labor propia del mismo (art. 7). Los integrantes indígenas del CPI son elegidos por las comunidades que oportunamente deben haber obtenido la inscripción de su personería jurídica, ya sea en el Registro Provincial correspondiente o en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas del INAI. Las autoridades de las comunidades inscritas pueden, por decisión de la asamblea, aceptar la participación de las autoridades de las comunidades que aún no se encuentren registradas (art. 1)[162].

La función probablemente más importante del INAI consiste en llevar un registro de las comunidades indígenas. El artículo 2º de la Ley reconoce la "personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad". Sin embargo, "la personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas", teniendo el INAI las facultades para evaluar la concurrencia de los elementos necesarios y otorgar o rechazar la inscripción (art. 3).

La reforma de la Constitución Política del año 1994 modificó el reconocimiento de los pueblos indígenas, pero lo hizo a través de la definición de las atribuciones del Congreso. En particular, en el órgano legislativo recaen las siguientes facultades: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravá-

[161] Resolución INAI Nº 50168/2004 sobre la Creación del CPI.
[162] Resolución INAI Nº 50168/2004 sobre la Modificación del CPI.

menes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (inciso 17 del artículo 75 de la Constitución).

Llama la atención que los derechos de los pueblos indígenas no fueran consagrados de manera directa en la parte dogmática de la nueva Constitución. Ello se explica con los alcances restringidos de la ley declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional. No obstante, existe la tendencia a considerar que la disposición tenía por finalidad proclamar derechos operativos en esta materia más allá de su ubicación metodológica dentro del texto constitucional[163]. De acuerdo con lo anterior, a través de la Resolución N° 4811/96 del Secretario de Desarrollo Social, la mantención del Registro Nacional de Comunidades Indígenas fue adecuada a las disposiciones constitucionales, estableciendo "como únicos requisitos para la inscripción" la entrega del "nombre y ubicación geográfica de la comunidad, reseña que acredite su origen étnico-cultural e histórico, con presentación de la documentación disponible; descripción de sus pautas de organización y de los mecanismos de designación y remoción de sus autoridades; nómina de los integrantes con grado de parentesco, mecanismos de integración y exclusión de sus miembros" (art. 1).

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2007 algunas provincias argentinas todavía tramitaban la personería jurídica de las comunidades indígenas bajo la forma de asociación civil. Lo anterior fue objeto de crítica por parte de la OIT, dado "que la asociación civil parece suponer la constitución de algo nuevo y no responde exactamente al principio del Convenio de reconocimiento de una realidad preexistente"[164]. Aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1997, siguiendo una serie de decisiones semejantes anteriores, falló que una "tribu" era una "entidad carente de personalidad jurídica"[165]. La idea defendida por la OIT fue acogida en el marco de una acción de amparo por la

[163] Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), http://www.desarrollosocial.gov.ar/INAI/site/institucional/derechos.asp.

[164] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Solicitud directa individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Argentina, 2007.

[165] Víctor Bazán, "Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina: Diversos Aspectos de la Problemática. Sus Proyecciones en los Ámbitos Interno e Internacional", 2003, p. 773-776.

justicia argentina, en la cual se sostuvo "la personalidad jurídica de las Agrupaciones Indígenas es un hecho preexistente de la realidad y que impone al Estado su liso y llano reconocimiento sin otorgarle otro tipo de facultad en tal sentido, por ello se declara lo que ya existe, es decir la preexistencia de la personalidad jurídica de las comunidades y organizaciones indígenas". Teniendo en consideración que la posesión de la personalidad jurídica constituye un requisito indispensable para hacer valer los derechos, se ordenó a la provincia del Chaco que adopte "los recaudos legales necesarios a los fines de la Habilitación de un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto Declarativo", y que en el plazo de cinco días proceda a inscribir la comunidad solicitante en dicho Registro[166].

Otro tema tradicionalmente sensible en la implementación del Convenio 169 es el de propiedad sobre las tierras indígenas, y que en el caso argentino ha tenido dos matices importantes. La jurisprudencia de ese país ha reconocido ese derecho como un concepto distinto a aquel establecido en el código civil como un derecho de propiedad sostenido en un título. Así se ha fallado que "la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. La posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas que requieren, por supuesto, alguna adecuación normativa (…). Pero el derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo (…). Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa"[167].

[166] Consejo Quompi -Lqataxac Nam Qompi- C/Provincia del Chaco Y/O Q.R.R. S/Acción de Amparo, Nº 8696/04, Juzgado Civil y Comercial, 21 de abril de 2006, http://www.ceppas.org/gajat.

[167] Alfredo Sede y otros c/ Herminia Vila y otro s/ Desalojo, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única San Carlos de Bariloche, 12 de agosto de 2004, http://www.indigenas.bioetica.org/fallo10.htm.

No obstante esta visión de los tribunales, la creación del registro de comunidades indígenas encomendada a las provincias del país estaba significativamente atrasada. Ante la imposibilidad de la inscripción, las comunidades originarias carecían del estatus jurídico exigido por la ley, realidad que se transformaba en lesiones sistemáticas de sus derechos. En el año 2006, para paliar esta situación, fue promulgada la Ley Nº 26.160, llamada De Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras que Ocupan las Comunidades Indígenas. La Ley suspendió durante el plazo de cuatro años "la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras" de comunidades registradas, pero también de aquellas preexistentes (arts. 1 y 2), haya o no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente (art. 1 del Reglamento de la Ley No. 26.160, aprobado por el Decreto 1.122/2007). Durante los tres primeros años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el INAI tenía la obligación de realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación de dominio de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promover las acciones que fueren pertinentes con el CPI, los institutos aborígenes provinciales, universidades nacionales, entidades nacionales, provinciales y municipales, organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales (art. 3). Para lo anterior contaba con un Fondo Especial para la asistencia de comunidades indígenas por un monto de 30.000.000 de pesos argentinos (art. 4). El 18 de noviembre de 2009, la vigencia de la Ley Nº 26.160 fue prorrogada por tres años más (Ley Nº 26.554)[168].

Dentro de la misma línea de acción, a través del Decreto del Ejecutivo Nº 700 del 21 de mayo de 2010, se creó la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena, que tendrá los siguientes objetivos: a) elevar al poder ejecutivo "una propuesta normativa para instrumentar un procedimiento que efectivice la garantía constitucional del reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria indígena, precisando su naturaleza jurídica y características; b) evaluar la implementación del Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas en el marco de las Leyes Nº 26.160 y Nº 26.554, y c) elaborar iniciativas tendientes a unificar u homogeneizar el régimen legal

[168]Ley Nº 26.160, http://www.ceppas.org/gajat/index.php?option=com_content&task=view&id=406&Itemid=2.

y de criterios de inscripción de las Comunidades Indígenas en todas las jurisdicciones"[169].

En términos generales, la situación descrita presenta una cierta dualidad en cuanto al poder legislativo federal, y los tribunales ordinarios muestran mayor disposición frente a los elevados estándares del Convenio 169, por ejemplo, en lo que se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica preexistente de los pueblos originarios y sus derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales. La implementación de las políticas públicas correspondientes, sin embargo, se ha visto retrasada, y requiere de una intervención consolidada de los poderes federales del Estado con el fin de profundizar los compromisos internacionales asumidos en materia de los derechos de los pueblos indígenas.

4. CONCLUSIONES

Este artículo ha indagado en los orígenes, la interpretación e implementación del Convenio 169 sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes. Los resultados del estudio pueden ser resumidos en las siguientes conclusiones:

1) La dedicación de la Organización Internacional del Trabajo a la regulación del tema indígena surge en el contexto de repartición de los territorios dominados por las potencias europeas que tiene lugar al finalizar la Primera Guerra Mundial. La OIT asumió un rol proactivo en la supervisión de los estándares mínimos de trato hacia los pueblos originarios de las colonias, siendo esa iniciativa intrínsicamente relacionada con el combate del trabajo forzoso. Entre los años 30 y 50, la OIT desarrolló numerosos estudios e implementó diversas acciones destinadas a fomentar el desarrollo en los países latinoamericanos, con lo cual consolidó su liderazgo en la regulación internacional de los derechos indígenas. La Organización formuló así la intención de consagrar estándares específicos de trato hacia los pueblos originarios que debieran promover su integración en las respectivas sociedades nacionales y mejorar su situación económica. Una gran parte del posicionamiento de la Organización en esta materia se debió al impulso inicial de su Secreta-

[169] Decreto del Ejecutivo Nº 700 del 21 de mayo de 2010, http://www.revistarap.com.ar.

www.cepchile.cl

ría más que a la preocupación intrínseca de sus miembros. Sin embargo, esas iniciativas eran sistemáticamente acogidas por los poderes constituyentes de la OIT. De esta manera, en el año 1957, la OIT aprobó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales.

2) El Convenio 107 no logró producir un impacto práctico relevante. Las nociones antropológicas y desarrollistas que lo inspiraron habían quedado obsoletas a inicios de los años ochenta. Asimismo, en ese período, la ONU comenzó a abrirse a la posibilidad de regular los derechos de los pueblos indígenas. Con ello, el tradicional liderazgo de la OIT en la materia se ha visto disminuido. A iniciativa de la Secretaría de la OIT se inició la revisión del Convenio 107. El proyecto logró contar con el beneplácito de la ONU, presumiéndose que una nueva versión del Convenio debería circunscribirse a la promoción de "estándares técnicos" de políticas gubernamentales. Sin embargo, el nuevo texto fue concebido en términos más extensos que el anterior. En particular, se introdujo la noción de "pueblos indígenas" y se creó un importante catálogo de derechos de éstos, formulado en términos absolutos no subordinados a la realidad normativa de cada Estado. Aquel resultado parece cuestionable a la luz de la limitada competencia sustantiva de la Organización. Sin perjuicio de la compleja polémica en el seno de la OIT, el nuevo texto —el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes— encontró un abrumador apoyo en la Conferencia General de la OIT.

3) A partir de la Carta de la ONU que reconoció el derecho de todos los pueblos a la autodeterminación, se agudizó el desmantelamiento del sistema colonialista. Sin embargo, tal derecho correspondía únicamente a los pueblos dominados que se encontraban separados territorialmente de sus metrópolis. Con ello, las poblaciones indígenas en los Estados que ya habían alcanzado su independencia no estaban incluidas dentro de dichos procesos y quedaban marginadas de la posibilidad de transformarse en sujetos del derecho internacional. La defensa de sus intereses se efectúa por las vías de protección de las minorías raciales y étnicas. Un avance en la materia se produce en el año 2007, cuando la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. El carácter transversal de esta Organización hace de ella la instancia más adecuada para reflejar el consenso internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, una Declaración de la Asamblea no constituye una normativa vincu-

lante. Más aún, debido al vasto alcance de algunos de sus preceptos, la posibilidad de su pronta transformación en un instrumento internacional obligatorio tiene pronósticos reservados. Frente a este escenario, el Convenio 169 se mantiene como único instrumento internacional de naturaleza vinculante para los Estados que son sus signatarios.

4) El Convenio 169 emplea un concepto amplio de los "pueblos indígenas y tribales", que combina elementos objetivos socioculturales con aquellos subjetivos de autoidentificación. Conforme con dicha definición, el número de países que cuentan con poblaciones de esas características es elevado. No obstante, tan sólo veinte países han ratificado el Convenio 169, lo cual podría entenderse como una señal de falta de apoyo internacional a los conceptos que consagra. En el caso de Chile, el proceso de ratificación parlamentaria del Convenio se extendió por dieciocho años, culminando sin embargo, con una aprobación mayoritaria. Durante los trámites de ratificación, no fueron analizados los dictámenes pronunciados por los órganos de la OIT con respecto a las medidas de implementación del Convenio 169 emprendidas por otros países signatarios. El análisis de estos antecedentes habría ayudado a lograr una visión más completa acerca de las obligaciones que el Estado de Chile ha asumido al ratificar el Convenio 169.

5) La OIT no constituye una instancia jurisdiccional, con lo cual la supervisión del cumplimiento de los compromisos que asumen los Estados miembros se efectúa en forma más bien declarativa y discursiva. Los órganos de monitoreo de la OIT han emitido una importante cantidad de interpretaciones de las normas del Convenio 169. En este escenario, no se realiza una "condena" de un Estado miembro por el eventual incumplimiento de la normativa convencional. Más bien, la Organización tiende a expresar su preocupación por determinadas situaciones insatisfactorias, solicita a los gobiernos tomar medidas acordes a lo exigido por el Convenio 169 y a entregar la información correspondiente. La OIT tampoco se transforma en un foro natural para recibir las inquietudes de los pueblos indígenas. Dado que no son uno de los poderes constituyentes de la OIT, no pueden intervenir en los procesos de supervisión en forma directa. Con ello, para poder iniciar un procedimiento de queja contra un gobierno requieren contar con el apoyo de las organizaciones de empleadores o, más típicamente, de trabajadores.

6) En la interpretación de la OIT, el Convenio 169 crea obligaciones directas para los países signatarios, las que en términos de

validez jurídica internacional no pueden quedar aniquiladas por los tecnicismos y restricciones de los sistemas jurídicos internos, aunque en la práctica así sucede. Tal como lo han reconocido las instancias internas de la OIT, la aplicación práctica del Convenio 169 con frecuencia requiere efectuar cambios radicales en las políticas públicas del Estado, lo que impacta amplios espacios territoriales y ámbitos sustantivos. Dentro del vasto abanico de temas que pueden ser adecuados a las normas del Convenio 169, en primer lugar destaca la obligación de efectuar consultas con los pueblos indígenas. Las consultas se entienden como un proceso genuino y continuo de búsqueda de acuerdos que tiene que ser emprendido en forma previa a la adopción de cualquier medida que pudiera afectar a los pueblos indígenas. En segundo lugar, el derecho de propiedad y uso de tierras y recursos naturales ha tenido una interpretación "literal" por parte de la OIT. En otras palabras, por el hecho de la ratificación del Convenio 169, el Estado signatario reconoce tales derechos de los pueblos indígenas. En la medida en la que el Estado no implementa mecanismos específicos para que puedan hacer valer aquellos derechos, incurre en incumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio 169.

7) La implementación del Convenio 169 en los países objeto de estudio —Noruega, México y Argentina— siguió los mismos patrones de temas sensibles que han provocado múltiples pronunciamientos de los órganos de la OIT. En particular, se plantearon desafíos ante la necesidad de definir correctamente el concepto de "pueblos indígenas", el alcance del derecho a la autoadministración y los derechos sobre las tierras y los recursos naturales consagrados por el Convenio. Junto con lo anterior, temas complejos corresponden a las políticas y regulaciones adoptadas en el ámbito lingüístico, en relación con el reconocimiento del derecho consuetudinario y en materia de acceso a la justicia.

8) En Noruega se optó por instaurar un parlamento indígena a través del cual se canaliza la participación del pueblo originario en las consultas. Asimismo, se creó un territorio autónomo, en el cual se asienta la mayoría de la población indígena. Dicho territorio posee un sofisticado sistema de administración, en el cual el pueblo originario participa prácticamente en condiciones de paridad con las autoridades estatales. Sin embargo, el carácter sofisticado de este sistema es considerado una limitante a la emergencia de un verdadero autogobierno de los pueblos indígenas, no estando el esquema exento de críticas.

9) En el caso de México existen importantes avances en materia de regulación de los derechos de los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, la principal forma de velar por sus intereses consiste en un despliegue de numerosas acciones, coordinadas por un órgano central no representativo de los pueblos indígenas. A diferencia de Noruega, el énfasis de las políticas públicas no parece estar puesto en la consulta o participación, sino más bien en promover la educación y respeto de las lenguas originarias. Asimismo, en una sociedad que se declara como plurinacional a nivel constitucional, el tema del derecho consuetudinario indígena adquiere particular relevancia.

10) En Argentina, el ente promotor de las políticas indígenas tuvo un largo proceso de constitución, retrasándose así la implementación de cualquier tipo de medidas. Hoy en día, los temas más polémicos para ese país son dos aspectos intrínsecamente relacionados: en primer lugar se plantea la necesidad de regularizar el reconocimiento del estatus legal preexistente de los pueblos indígenas. En cambio, su capacidad de actuar en calidad de sujetos de derecho no debe depender de la emisión de un acto constitutivo de una autoridad. De lo anterior se deriva la posibilidad de la que deben disponer esos pueblos para hacer valer sus derechos sobre las tierras. Ante los pocos avances en la materia a nivel de las provincias argentinas, el Congreso del país recurrió a la aprobación de una ley de emergencia que debiera facilitar la implementación de las obligaciones correspondientes.

11) A pesar de que se pudiera cuestionar la legitimación de la OIT para regular el tema de los derechos indígenas, la conclusión del proceso de su ratificación por parte de Chile indica, desde un punto de vista jurídico y legitimatorio, que este Estado comparte los valores jurídicos plasmados en los preceptos del Convenio 169. Desde la entrada en vigor del Convenio 169, Chile se encuentra sujeto a las obligaciones internacionales que asumió en virtud del mismo, cuyo cumplimiento será revisado y exigido por la OIT. Si bien es un sistema que carece de medios para ejecutar sus dictámenes, posee herramientas para vocalizar los incumplimientos que detecta. En este contexto, una postura de respeto hacia el derecho internacional exigiría que la implementación del Convenio 169 se hiciera tomando en cuenta las interpretaciones que han hecho los órganos de la OIT, tratando de evitar caer en la intención de "domesticar" los preceptos de un tratado internacional, ajustándolos a la

www.cepchile.cl

comodidad del sistema jurídico nacional, pues para ello bastaba con no ratificar el Convenio.

Tal como lo demuestra el lenguaje frecuentemente crítico de los dictámenes de la OIT, una implementación precisa de los altos estándares del Convenio 169 constituye una labor sumamente compleja, que sin duda podrá afectar internamente materias económicas, educacionales y jurídicas. Sin embargo, los cuestionamientos que plantee la OIT a través de sus informes permanecerán válidos, antes que nada, en el contexto del derecho internacional y sólo podrán impactar las políticas públicas del Estado de Chile por intermedio de las decisiones soberanas de sus poderes legislativos y administrativos. La pregunta que aún permanece abierta dice relación con la eventual aplicación directa del Convenio 169 por parte de los tribunales de la República. En ellos recaerá finalmente la responsabilidad de determinar si, bajo el sistema jurídico chileno, el Convenio 169 entrega a los pueblos indígenas derechos exigibles ante los tribunales nacionales.

www.cepchile.cl

Bibliografía

Alston, Philip y James Heenan. "Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work?". *CHRGJ Working Paper,* No. 10, 2004, pp. 5-33.

Anaya, James S. *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta, segunda edición, 2005.

Barber, Keith. "'Indigenous Rights' or 'Racial Privileges': The Rhetoric of 'Race' in New Zealand Politics". *The Asia Pacific Journal of Anthropology*, Vol. 9, 2008, pp. 141-156.

Bazán, Victor. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina: Diversos Aspectos de la Problemática. Sus Proyecciones en los Ámbitos Interno e Internacional". *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 108, 2003, pp. 759-838.

Beaucage, Pierre y Rosa Cusminsky. "La Condición Indígena en México". *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, 1988, pp. 191-211.

Benson, Wilfrid. "An I.LO. Pattern for Pacific Territories". *Pacific Affairs*, 1944, pp. 311-319.

Borrows, John. "Ground-Rules: Indigenous Treaties in Canada and New Zealand". *New Zealand Universities LMW Review*, Vol. 26, 2006, pp. 188-212.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. "La Incorporación de los Derechos Humanos en las Constituciones Locales Mexicanas". *Memorias del Seminario la Armonización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en México*, 2005, pp. 67-115, www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2481.

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI). *La Vigencia de los Derechos Indígenas en México 2007*. México: CDI, 2007, http://www.cdi.gob.mx/.

——— *Acciones de Gobierno para el Desarrollo Integral de los Pueblos Indígenas Informe 2008*. México: CDI, 2009, http://www.cdi.gob.mx/.

Chamosa, Oscar. "Indigenous or Criollo: The Myth of White Argentina in Tucumán's Calchaquí Valley". *Hispanic American Historical Review*, Vol. 88, 2008, pp. 71-106.

Cornell, Stephen. "Indigenous Peoples, Poverty and Self-Determination in Australia, New Zealand, Canada and the United States". *JOPNA*, No. 02, 2006, http://www.ksg.harvard.edu/hpaied, pp. 1-39.

Corntassel, Jeff J. y Tomas Hopkins Primeau. "Indigenous 'Sovereignty' and International Law: Revised Strategies for Pursuing 'Self-Determination'". *Human Rights Quarterly*, Vol. 17, 1995, pp. 343-365.

Davis, Megan. "Indigenous Struggles In Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, 2008, pp. 440-471.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "The Contributions of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the Configuration of Collective Property Rights of Indigenous Peoples", en www.law.yale.edu, pp. 1-23.

Díaz, Erica Lily, Nahieli Gómez y Norma González *et al*., "Estrategias de Defensa para los Pueblos Indígenas". En Sánchez Matus, Fabián (coord.), *Litigio Estratégico en México: La Aplicación de los Derechos Humanos a Nivel Práctico. Experiencias de la Sociedad Civil*. México: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, pp. 63-98.

Ewing-Chow, Michael. "First Don No Harm: Myanmar Trade Sanctions and Human Rights". *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 5, 2007, pp. 153-180.

Fitzmaurice, Malgosia. "The New Developments Regarding the Saami Peoples of the North". *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 16, 2009, pp. 67-156.

González Galván, Jorge Alberto, "Los Derechos de los Pueblos Indígenas". *Los Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus Constituciones*. México: Senado de la República y otros, 2006, pp. 401-429.

——— "El Primer Juicio de Amparo en Lengua Indígena: Los Idiomas del Derecho en el México Pluricultural del Siglo XXI". *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*, T. XII, Ministerio Público, Contenciosos Administrativos y Actualidad Jurídica, 2008, pp. 517-530.

Graver, Hans Setter y Geir Ulfstein. "The Sami People's Right to Land in Norway". *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 11, 2004, pp. 337-377.

Groman, Daniel. "Liberal Internationalism, the League of Nations Union, and the Mandates System". *Canadian Journal of History/Annales Canadiennes d'Histoire*, Vol. XL, 2005, pp. 449-477.

Helfer, Laurence R. "Understanding Change in International Organizations: Globalization and Innovation in the ILO". *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, 2006, pp. 649-726.

www.cepchile.cl

Henriksen, John. "The Continuos Process of Recognition and Implementation of the Samiu People's Right to Self-Determination". *Cambridge Review of International Affaire*, Vol. 21, 2008, pp. 27-40.

Hocking, Barbara Ann. "Land and Natural Resource Management in the Context of International Obligations to Indigenous Citizens: A Case Study of Norway's Finnmark Act". *Australian Indigenous Law Reporter*, Vol. 53, 2005, en http://www.austlii.edu.au.

Hyde, Alan. "The International Labor Organization in The Stag Hunt For Global Labor Rights". *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 3, 2009, pp. 153-179.

Imai, Shin, "Indigenous Self-Determination and the State". *CLPE Research Paper Series*, Vol. 4, 2008, pp. 1-40.

Josefsen, Eva. "Norwegian Legislation and Administration - Saami Land Rights". *Journal of Indigenous Peoples Rights*, Vol. 1, 2007, pp. 1-35.

Lightfoot, Sheryl R. "Indigenous Rights in International Politics: The Case of 'Overcompliant' Liberal States". *Alternatives*, Vol. 33, 2008, pp. 83-104.

Lozano, Claudia. "Indigenous People, Rights, and the State in Argentina". *Florida Journal of International Law*, Vol. 17, 2005, pp. 603-624.

Macklem, Patrick. "Indigenous Recognition in International Law: Theoretical Observations". *Michigan Journal of International Law*, 2008, Vol. 30, pp. 177-210.

Martin, Lucia. "El INAI-Instituto Nacional de Asuntos Indígenas", http://www.indigenas.bioetica.org/inves47.htm.

Minde, Henry. "Sami Land Rights In Norway: A Test Case for Indigenous Peoples". *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 8, 2001, pp. 107-125.

Pérez Sánchez, María del Pilar. *Multiculturalismo: Derecho de Participación Política de las Minorías Indígenas*. Zapopan, Jalisco, 2009, http://biblioteca.gdl.up.mx.

Rodríguez-Piñero, Luis. *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford Univ. Press, 2006.

Speed, Shannon y Jane F. Collier. "Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, 2000, pp. 877-905.

Standing, Gay. "ILO: An Agency for Globalization?". *Development and Change*, Vol. 39(3), 2008, pp. 355-384.

Stavenhagen, Rodolfo. "Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional: Un Sujeto en Construcción". *Revista IIDH*, Vol. 26, 1998, pp. 81-103.

Tennant, Chris. "Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993". *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, 1994, pp. 1-57.

Terborg, Roland, Laura García Landa y Pauline Moore. "The Language Situation in Mexico". *Current Issues in Language Planning,* Vol. 7, No. 4, 2006, pp. 415-518.

Trinchero, Héctor Hugo. "The Genocide of Indigenous Peoples in the Formation of the Argentine Nation-State". *Journal of Genocide Research*, Vol. 8(2), 2006, pp. 121-135.

Weisband, Edward. "Discursive Multilateralism: Global Benchmarks, Shame, and Learning in the ILO Labor Standards Monitoring Regime". *International Studies Quarterly*, Vol. 44, 2000, pp. 643-666.

Wilhelmi, Marco Aparicio. "La Libre Determinación y la Autonomía de los Pueblos Indígenas. El Caso de México". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 124, 2009, pp. 13-38.

Xanthaki, Alexandra. "Indigenous Rights In International Law Over The Last 10 Years And Future Developments". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, 2009, pp. 27-37.

Zalaquett, José. "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas". *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 139-148. □

www.cepchile.cl

DILEMA ENERGÉTICO: LA ENERGÍA NUCLEAR*

Jorge Zanelli

Estas páginas recogen la conferencia de Jorge Zanelli sobre las principales conclusiones del Grupo de Trabajo en Nucleoelectricidad (GTNE) que se constituyó en 2007 para estudiar la viabilidad de producir en Chile electricidad en base a energía nuclear. Luego de referirse a la génesis del GTNE y al dilema energético que enfrenta el país, el profesor Zanelli señala que la energía nuclear podría ser capaz de producir en Chile, en forma segura, sustentable y a precios competitivos, los volúmenes de energía eléctrica que requiere el crecimiento económico del país. También hace presente que las ventajas de la energía nuclear de potencia (ENP) no son por sí solas suficientes para recomendar su desarrollo en cualquier país, en cualquier momento. Y en un contexto democrático, agrega, la ENP requiere de un alto grado de comprensión y aceptación ciudadana, junto a una sólida "cultura de seguridad" en la población.

A continuación del texto de la conferencia se incluyen las respuestas del profesor Zanelli a las preguntas y comentarios del público.

Palabras clave: energía nuclear de potencia; reactor nuclear; nucleoelectricidad.

Jorge Zanelli. Licenciado en Física, Universidad de Chile. Ph. D. en Física, State University of New York. Investigador en física teórica del Centro de Estudios Científicos (CECS-Valdivia).

* Texto basado en la conferencia pronunciada el 29 de septiembre de 2010 en el Centro de Estudios Públicos.

www.cepchile.cl

The trouble with most folks ain't so much their ignorance as knowing so many things that ain't so.
Josh Billing

Es un agrado participar en este ciclo de conferencias que ha organizado el CEP en torno a la ciencia y su impacto. Encuentro admirable que haya tantas personas reunidas aquí para escuchar una charla acerca de la energía nuclear.

Como explicaba recién Andrés Couve, aunque nunca me había dedicado antes a la física nuclear, el año 2007 la ex Presidenta de la República Michele Bachelet me encargó presidir una comisión para estudiar la viabilidad en Chile de la generación eléctrica en base a energía nuclear. Lo que quiero compartir con ustedes es la visión que hoy tengo, después de haber hecho el ejercicio de estudiar el problema y entender cuáles son los desafíos y las externalidades que produce la energía nuclear, por qué puede ser interesante y por qué puede ser peligrosa si está mal aplicada. El tema es polémico y no voy a sustraerme a la polémica.

Para comenzar quisiera leerles un párrafo escrito por un físico de la Universidad de Berkeley, que justamente tiene que ver con una percepción muy generalizada sobre la energía nuclear y la radiactividad:

> Este libro es radiactivo. También usted es radiactivo, a menos que esté muerto. En ese caso, uno podría decir cuándo se murió midiendo la radiactividad que emitiría su cuerpo (es lo que se llama datación por radiocarbono). El alcohol también es radiactivo; si no fuera radiactivo, no lo podríamos tomar. Existe una entidad en el gobierno norteamericano que mide la radiactividad del whisky para saber si es bebible o no; porque si no es orgánico es venenoso. Los biocombustibles son radiactivos; los combustibles fósiles no lo son.

Y esta otra afirmación:

> De aquellos que murieron en Hiroshima, menos del 2% murió de cáncer inducido por la radiación[1].

Todas estas afirmaciones se refieren a aspectos que el público en general desconoce. Creo que si ustedes hacen una encuesta entre estudiantes universitarios, muchos dirían que la mayoría de las víctimas de Hiroshima murió a consecuencia de problemas inducidos por la ra-

[1] Richard Muller, *Physics for Future Presidents*, capítulo 3.

diación. En realidad, la mayor parte murió a raíz de la explosión y otros que estaban más lejos murieron a causa del intenso calor, esencialmente perecieron quemados. Una pequeñísima fracción desarrolló alguna forma de cáncer producido por la radiación. No quiero decir que sea mejor morir de una forma u otra, sino que suele exagerarse la capacidad de la radiación de producir cáncer.

La idea de que la radiactividad es una cosa peligrosa, difícil de detectar, que circula por todas partes y nos puede envenenar, es una noción muy difundida y es parte de la base del temor que todos sentimos cuando hablamos de energía nuclear.

Entonces, en este espíritu de tratar de desmitificar afirmaciones o conocimientos erróneos difundidos entre la población es que se necesita avanzar en este tema de la energía nuclear y procurar establecer cuáles son hechos reales y cuáles no.

Como punto de partida, trataré de resumir primero de qué se trata la energía nuclear.

1. ¿En qué consiste la energía nuclear de potencia (ENP)?

Para acercarnos a la compleja estructura del átomo podemos imaginarlo como un sistema planetario cuyo cuerpo central está constituido por el núcleo atómico, que representa el 99,995% de la masa de la materia —concentrada en una billonésima parte (10^{-12}) del volumen total del átomo—, y alrededor del cual giran, en órbitas distintas, una o más partículas elementales, prácticamente sin masa y de carga negativa (electrones). Las partículas que conforman el núcleo son de carga positiva (protones) o sin carga (neutrones). Los protones y los neutrones se mantienen unidos por una fuerza de naturaleza especial (interacción nuclear fuerte) que es millones de veces más intensa que la mutua repulsión electromagnética entre ambos. Ocasionalmente, un núcleo se parte (fisión), haciendo que los fragmentos sean fuertemente disparados por la repulsión eléctrica.

La enorme diferencia de magnitud entre la interacción nuclear fuerte y la electromagnética explica por qué la energía nuclear es de una escala enormemente mayor que la energía que se libera en un proceso químico. Esto permite que un reactor nuclear sea capaz de producir gran cantidad de energía durante mucho tiempo sin recarga de combustible, en comparación con lo que ocurre al quemar un combustible como el

www.cepchile.cl

petróleo. Del mismo modo, esta enorme diferencia de magnitudes explica el enorme poder destructivo de una bomba atómica comparada con los explosivos convencionales, como el TNT o la dinamita.

En un reactor nuclear se producen millones de fisiones nucleares por segundo y en cada una de ellas una pequeñísima cantidad de materia se convierte en energía cinética de los fragmentos, según la famosa relación de Einstein, $E=mc^2$. Esta energía permite, en forma de calor, hervir agua con cuyo vapor se mueve una turbina que genera electricidad como en una central térmica convencional.

El combustible nuclear más utilizado es el uranio, que en estado natural está compuesto en un 99,2% por el isótopo U238 y un 0,7% del isótopo U235. Este último se desintegra más fácilmente, generando energía, mientras que el primero es relativamente estable. En el caso de armas nucleares (bomba atómica) se trata de conseguir que la mayor parte del combustible (uranio 235 o plutonio 239) se fisione, liberando toda la energía en un tiempo muy corto. Para eso se utiliza uranio en que se ha aumentado artificialmente la concentración de U235 por sobre el 90% (uranio altamente enriquecido, o *weapons grade uranium*).

En un reactor, por el contrario, se trata de liberar la energía lentamente, para lo cual se utiliza uranio en estado natural o de bajo enriquecimiento, con un 3-4% de U235. En este caso, gran parte de los neutrones producidos en la fisión son absorbidos por el U238 transformando su energía cinética en calor, sin generar nuevas desintegraciones. La diferencia de diseño y arquitectura entre estas dos aplicaciones de la energía nuclear es importante y permite entender por qué un reactor nuclear no puede explotar como una bomba atómica.

La fisión ocurre espontáneamente en los núcleos de elementos radiactivos naturales como el uranio, el radio, el torio, así como en los isótopos radiactivos menos comunes que se utilizan en diagnósticos y tratamientos clínicos como el cobalto-60, el yodo-131, el tecnecio-99 y el flúor-18. Al desintegrarse, los núcleos de elementos fisibles como el uranio, el plutonio o el torio emiten neutrones que impactan otros núcleos, haciendo que éstos a su vez se desintegren, emitiendo nuevos neutrones, los que a su vez impactan en otros núcleos, etc.

Algunos isótopos como el U235 tienen núcleos que producen varios neutrones al fisionarse. Si en promedio estos neutrones impactan a varios otros núcleos fisionándolos, se produce una reacción en cadena, en que el número de desintegraciones aumenta exponencialmente. Por

el contrario, si en promedio hay menos de un neutrón que impacta a otro núcleo, la reacción en cadena acaba deteniéndose.

En un reactor los parámetros se regulan de manera tal que el número de neutrones emitidos que fisionan a otros núcleos se mantenga aproximadamente constante en el tiempo. Si en un reactor se perdiera el control, la reacción en cadena haría aumentar la temperatura hasta fundirlo. En el peor caso esto podría producir un incendio o una explosión de vapor al entrar en contacto con el agua circundante, pero se trataría de una explosión común, no una explosión nuclear.

Existen varias opciones tecnológicas actualmente en uso en el mundo que aprovechan la energía de un reactor nuclear para calentar agua. Hay una media docena de modelos dominantes, que varían en tamaño, tipo de combustible usado y la manera de transferir el calor desde el reactor a las turbinas[2].

2. El escenario chileno

En 2007, el gobierno de Chile decidió evaluar seriamente la posibilidad de incluir la energía nuclear en la malla eléctrica del país. La Presidenta Bachelet, cuya postura personal era declaradamente antinuclear, había llegado a un acuerdo preeleccionario con agrupaciones ambientalistas en el sentido de no impulsar un programa de generación nucleoeléctrica durante su mandato. Sin embargo, la presidenta también entendía que, siendo una materia de interés nacional, la opción nuclear requiere de un análisis racional cuidadoso, incluso para desestimar su utilización si se concluye que es inaceptablemente riesgosa.

Ésta no era la primera vez que se analizaba la ENP en Chile. Por lo menos en cuatro ocasiones anteriores entre 1970 y 1997 se había hecho el ejercicio, descartándose la opción nuclear todas las veces sobre la base de una evaluación económica. Aunque el costo de generación eléctrica —promediado en toda la vida útil de un reactor— fuese competitivo, el elevado costo inicial de la inversión y la incertidumbre sobre la evolución de las tasa de interés a largo plazo representaban un riesgo financiero muy alto. Esto hacía que las formas convencionales de generación (hidroelectricidad y térmica a carbón) resultasen mucho más atractivas.

[2] Véase por ejemplo G. Rothwell, "¿Energía Nuclear en Chile?", *Estudios Públicos* 112 (primavera 2008).

2.1. Los síntomas

Para entender qué hizo diferente el ejercicio en 2007, hay que recordar que en 2005 Argentina había comenzado a reducir los envíos de gas natural a Chile, lo que se agudizó en 2006. La restricción de un suministro que había alimentado la economía y los hogares chilenos durante una década hizo despertar violentamente a la realidad de que Chile es tremendamente dependiente de combustibles importados, y por lo tanto vulnerable. El país importa el 95% del carbón, el 80% del gas natural y el 98% del petróleo que consume. Esto expone a la economía a la volatilidad de precios de los combustibles y a la voluntad de quienes los suministran.

Ante esta amenaza para la productividad y el rendimiento de la economía chilena, se alzaron voces reclamando que se iniciara un programa de ENP al más breve plazo. Simultáneamente, grupos ambientalistas opuestos a la energía nuclear comenzaron una fuerte campaña para impedir que el gobierno considerase la opción nuclear como una posibilidad atendible. Estos sectores advirtieron a la Presidenta que cualquier gesto de abrirse a la opción nuclear sería una violación al compromiso adquirido por ella en 2005 de no impulsar el desarrollo nuclear durante su mandato. Por su parte, los entusiastas de la nucleoelectricidad acusaban al gobierno de negligencia culposa, al demorar una decisión favorable a la energía nuclear por razones equivocadas.

Aparte de la experiencia con el gas argentino ya mencionada, cobraron relevancia nuevos factores que no habían estado presentes en los análisis anteriores: i) la evidencia de que el potencial hidroeléctrico se agotaría en la próxima década, y ii) la preocupación por la creciente huella de carbono de nuestra matriz energética. En 1993 la hidroelectricidad representaba más del 70% de la generación eléctrica nacional, llegando a menos del 38% en 2007. En el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), la hidroelectricidad pasó de un 20% en 1993 a 0,5% en 2007 y en el Sistema Interconectado Central (SIC) pasó del 93% al 57% en el mismo período[3].

En este momento, la posibilidad de grandes proyectos hidroeléctricos en el centro del país está agotada. Aparte de algunos cauces menores, sólo los grandes ríos de la Patagonia, a más de dos mil kilómetros de los principales centros de consumo, podrían llegar a contribuir con unos 3 GW de hidroelectricidad a la potencia actual en torno a 12 GW.

[3] Comisión Nacional de Energía, Estadísticas BNE 2008.

www.cepchile.cl

Por otra parte, el consumo eléctrico experimenta un crecimiento promedio cercano al 6% anual, lo que requiere duplicar la generación eléctrica cada doce años aproximadamente. En este escenario, el camino de menor resistencia sería continuar la expansión de la matriz con combustibles fósiles, con lo cual, en una proyección de la tendencia observada (*business as usual*), las emisiones de CO_2 aumentarían en 200% hacia fines de la próxima década. Este camino no sólo es ambientalmente irresponsable e indefendible, sino además expone a nuestra economía al riesgo de precios crecientes, a restricciones de suministro y a la amenaza de tasas de penalización por emisiones de CO_2. La otra alternativa es la generación nucleoeléctrica.

2.2. El Grupo de Trabajo en Nucleoelectricidad

Según el análisis anterior, la energía nuclear sería una forma de garantizar el suministro a largo plazo. Pero ¿a qué costo? ¿Sería ésta una solución viable para Chile? ¿Qué tan atendibles son las preocupaciones ambientalistas sobre el peligro de esta tecnología? ¿Es posible tener un programa nuclear seguro en un país sísmico como Chile? ¿Qué hay de cierto en el peligro de que un reactor nuclear explote como una bomba atómica? ¿Se puede garantizar el manejo seguro de los residuos nucleares?

La estrategia que adoptó el gobierno para abordar el dilema nuclear fue convocar a un grupo compuesto por investigadores y profesionales independientes de distintos ámbitos de la sociedad, sin una posición a priori a favor o en contra de la energía nuclear, para examinar el asunto con total libertad y autonomía. Así, en marzo de 2007 se creó el Grupo de Trabajo en Nucleoelectricidad (GTNE), con el fin de identificar "las oportunidades, ventajas, desafíos y riesgos que involucraría el uso de la energía nuclear para la producción de electricidad"[4].

Esta comisión estuvo integrada por una curiosa mezcla de científicos, empresarios, funcionarios del gobierno y especialistas de distintos ámbitos de la sociedad y contó solamente con un físico nuclear con conocimiento de reactores[5]. ¿Por qué tanta diversidad? ¿Por qué no

[4] *Diario Oficial*, 19 de julio, 2007, p. 77.

[5] Grupo de Trabajo en Nucleoelectricidad, *La Opción Nucleoeléctrica en Chile,* Gobierno de Chile, Nov. 2007. www.cchen.cl/mediateca/PDF/report_zanelli.pdf.

www.cchile.cl

convocar a un grupo de físicos, ingenieros nucleares y especialistas del sector eléctrico, que entendieran del negocio de la nucleoelectricidad? ¿Por qué hacerlo con personas ajenas al gobierno y no, por ejemplo, al interior de un ministerio o de la misma Comisión Chilena de Energía Nuclear? Simplemente porque el desarrollo de un programa nuclear de potencia es un problema complejo, con impactos múltiples en la sociedad, más allá de lo puramente económico o tecnológico. Además, si se quiere llegar al fondo del asunto sin presiones, es mejor contar con un jurado neutral que con un equipo de promotores o detractores expertos.

Habría sido un error, por ejemplo, encomendar esta tarea a un grupo de ingenieros nucleares, o de cualquier otra especialidad. Lo que se necesitaba era un grupo de personas capaces de escuchar argumentos, con experiencia y sentido común, y dispuestas a hacer preguntas aunque parecieran ingenuas o fuesen incómodas.

No basta saber que la industria nuclear en el mundo es segura, eficiente y ambientalmente sustentable, hay que hacerse cargo del temor —justificado o imaginario— que produce la energía nuclear en una sociedad que sólo sabe de ella a través de la prensa. Para entender el problema de los residuos que produce un reactor nuclear hay que conocer los posibles efectos de las radiaciones ionizantes sobre la salud y el medio ambiente, los rangos en que esas radiaciones son potencialmente peligrosas, y de qué manera se evitan estos efectos con soluciones tecnológicas adecuadas. Es necesario entender qué rol cumple la energía nuclear dentro de una matriz eléctrica y por qué ella no compite con las renovables no convencionales, etc.

El GTNE trabajó recopilando información, entrevistando actores relevantes en Chile y en el extranjero, visitando instalaciones nucleares y regulatorias en distintos países y discutiendo sobre los diferentes aspectos del problema. Fue un aprendizaje acelerado, acompañado por intensos debates. Un aspecto importante de la experiencia fue el carácter no remunerado del trabajo, lo que daba absoluta libertad a cada cual para expresar su opinión libremente o para renunciar en cualquier momento. Nadie lo hizo y el documento final fue unánimemente consensuado.

3. Algunas lecciones

En su trabajo, el GTNE se fue formando una opinión propia sobre las complejidades del problema y aun cuando ningún miembro del panel fuese un experto en todos los temas, habría sido muy difícil que el

grupo completo se equivocara gravemente. Colectivamente el GTNE era un filtro capaz de discernir mitos y realidad. Éstas son algunas lecciones aprendidas en el proceso:

1. La ENP no es como cualquier otra forma de generar electricidad. Tiene desafíos específicos, genera compromisos sociales de otra escala y, por lo tanto, el manejo correcto de un programa de este tipo requiere asumir grandes responsabilidades.

La industria nuclear es una de las pocas actividades productivas que se preocupan de manera obsesiva de sus desechos y emisiones, y con justa razón. Este patrón, que debería ser imitado por muchas otras industrias, lleva a la ENP a asumir responsabilidades que exceden con mucho la vida útil de sus instalaciones, y de quienes las operan. Por ejemplo, si se tomara hoy la decisión de iniciar un programa nuclear de potencia, se generarían compromisos por unos cuantos siglos: quince años para comenzar a operar, sesenta años de vida útil del reactor, veinte años para enfriar la última carga de combustible quemado y, en el caso de un programa sin reproceso, varios siglos manteniendo el combustible quemado en un repositorio geológico profundo.

Por otra parte, el contar o no con un suministro eléctrico proveniente de la energía nuclear o de combustibles fósiles durante los próximos cien años puede conducir a patrones de desarrollo muy diferentes. El ejemplo más claro de esa diferencia se ve entre Francia e Italia. Francia, como Chile, es pobre en combustibles fósiles y en 1974 adoptó la energía nuclear como una decisión estratégica de Estado. Hoy, 75% de la electricidad de Francia es generada por plantas nucleares y es el mayor exportador neto de electricidad del mundo, lo que le reporta utilidades por unos 3 mil millones de euros al año. Por su parte Italia, pionero en el mundo en energía nuclear en los años cincuenta, luego de un referéndum en 1987 desmanteló sus reactores y canceló las plantas programadas; actualmente Italia es el mayor importador neto de electricidad del mundo y tiene el costo de electricidad más alto de Europa —un 90% más que en Francia, de donde importa el 15% de su consumo.

Así, la pregunta correcta para evaluar la conveniencia de un programa nuclear no es sólo el precio de la electricidad en la próxima década, ni cuando los jóvenes de hoy estén jubilados. La pregunta es cómo ellos quieren que sea el país cuando jubilen sus nietos. Hablar de plazos tan largos, de responsabilidades que cruzan varias generaciones,

es imposible sin un rol protagónico y esencial del Estado, pues no sería razonable dejar esta responsabilidad enteramente a la mano invisible del mercado. Esto lleva a otra sorpresa: en este caso, el Estado no puede tener el mismo rol neutral que asume frente a las otras formas de generación eléctrica.

Además, por tratarse de un emprendimiento de gran magnitud, en que el retorno es también a largo plazo, el riesgo financiero es muy alto para cualquier emprendedor privado, y por lo tanto la presencia del Estado como garante de estabilidad es imprescindible. Por último, están los compromisos suscritos por Chile con la comunidad internacional sobre la no proliferación nuclear y de total prescindencia del uso bélico de este recurso. Todas estas peculiaridades de la energía nuclear obligan a repensar el rol del Estado.

2. El mayor riesgo de un programa nuclear de potencia (PNP) no es el impacto ambiental de la operación de un reactor; tampoco es el riesgo de accidente ocasionado por una falla técnica, ni el riesgo sísmico, ni el manejo de los residuos radiactivos o los actos terroristas. El principal riesgo es el factor humano. Ésta es la principal causa de los accidentes e incidentes nucleares, que se manifiesta en la falta de rigor en el seguimiento de los protocolos de seguridad.

El peor accidente nuclear de la historia, el de Chernobyl en 1986, se originó en una maniobra irresponsable de los operadores del reactor. Ellos, durante una operación de rutina, desconectaron los mecanismos de seguridad que evitaban que el núcleo del reactor se sobrecalentara, y cuando intentaron restablecer los controles, éstos se habían dañado, perdiendo el control. Este error podría parecer una torpeza inocente, pero la desconexión de los controles era una práctica habitual en ese reactor, aunque contraria a las normas establecidas. Era una característica de la cultura de esa central. En una población con baja cultura de seguridad, fácilmente se relajan las normas, se desconocen los protocolos o se saltan las reglas, lo que puede dar lugar a accidentes como el de Chernobyl.

Chile tiene una sólida base de recursos humanos altamente calificados en ingeniería y tecnología, como quedó en evidencia en el reciente rescate de los mineros de Copiapó. Lo mismo puede decirse de la capacidad de nuestra ingeniería antisísmica, como pudo comprobarse en el reciente terremoto. Sin embargo, al igual que en otros países en desa-

rrollo, coexiste, mezclada con la anterior sofisticación tecnológica, una baja cultura de seguridad, evidenciada en esos mismos casos: una mina que se derrumba dejando atrapados a unos mineros insuficientemente equipados y que trabajaban ahí a pesar de tener conciencia de las precarias condiciones de seguridad en que lo hacían; un servicio de alarma de tsunamis que no funcionó como debía en el momento requerido, por fallas básicas en el cumplimiento de los protocolos establecidos. El establecimiento de una cultura de seguridad sólidamente arraigada en la población es un requisito para el buen uso y funcionamiento de cualquier tecnología sofisticada y, en particular, para la industria nuclear.

3. Debido a que la ENP es un emprendimiento de gran escala, que requiere estándares de seguridad y de rigor que no se conocen en otras industrias, y con exigencias que exceden los límites de una empresa o de un gobierno, es recomendable trabajar en estrecha colaboración con los organismos internacionales y en particular con la Agencia Internacional de Energía Atómica (IAEA). Esta colaboración es esencial, pues ella canaliza la experiencia mundial acumulada en los cincuenta años de la industria nuclear, evitando que países novatos como Chile cometan los mismos errores que ya cometieron otros. De especial utilidad en este sentido es la guía que ha establecido la IAEA, en la que se indican los pasos que serían necesarios —según la experiencia mundial— para que un país pueda tomar responsablemente la decisión de iniciar o no un programa nuclear de potencia[6].

El acompañamiento de la IAEA no sólo es una ayuda de bajo costo para los países que se inician en este camino, sino que además permite dar tranquilidad a los países vecinos sobre el apego a las normas del uso pacífico de la energía nuclear y el respeto a los tratados internacionales.

4. La aceptación ciudadana tiene una importancia central en el éxito de un programa nuclear de potencia. Muchos programas han sido abortados o desmantelados por una fuerte oposición social, con enormes costos para los inversionistas y la sociedad misma. Un programa nuclear de potencia debe incluir desde el comienzo mecanismos de comunicación y educación que sirvan para despejar las dudas y aprensiones de los ciudadanos, con transparencia y apertura, informando con seriedad,

[6] IAEA, *Considerations to Launch a Nuclear Power Programme*, Viena, 2007.

www.cepchile.cl

educando el debate, orientando a los tomadores de decisiones, evitando el clientelismo y la captura del debate por las posturas radicales.

Una política que imponga un programa nuclear a la fuerza tiene pocas probabilidades de sobrevivir a largo plazo. Una población mal informada, emocionalmente manipulada y desconfiada de sus autoridades puede abortar un PNP en cualquier momento, con enormes costos sociales y financieros. El desafío está en conseguir que los ciudadanos sean capaces de discernir entre la percepción del riesgo y el riesgo real asociado a la industria nucleoeléctrica. Porque es evidente que produce más temor y está más presente en el subconsciente colectivo el accidente de Chernobyl, donde murieron 47 bomberos tratando de apagar el incendio del reactor en 1986, más 9 personas que murieron de cáncer en los veinte años siguientes, que el de la central hidroeléctrica de Sayano-Shushenskaya, donde murieron 75 personas el año pasado[7].

4. El informe del GTNE

4.1. Conclusiones

Las conclusiones a las que llegó el GTNE se resumen en unas pocas líneas. La experiencia internacional muestra que la ENP es una industria:

- *Segura* para las personas y los bienes públicos (*safety*). Kilovatio por kilovatio, es más segura que cualquier otra forma de generación eléctrica.
- *Económicamente competitiva* y capaz de mitigar la vulnerabilidad de suministro. Tiene costos comparables a los del carbón y el precio del combustible no es de gran impacto en el precio final de la electricidad generada.
- *Ambientalmente conveniente*. Es muy baja en emisiones de cualquier tipo y, en particular, de gases de efecto invernadero.

Además:

- *La condición sísmica* no es una restricción insalvable.
- El manejo de los *desechos* es un problema abordable tecnológicamente y no representa un pasivo ambiental inaceptable.

[7] http://www.renewableenergyworld.com/rea/news/article/2010/03/restoring-sayano-shushenskaya.

www.cepchile.cl

4.2. Recomendaciones

Por otra parte, se detectan en nuestro país algunas insuficiencias evidentes que tendrían que subsanarse, como por ejemplo:

- Un programa de ENP requiere de un órgano regulador independiente, profesional, autónomo y con autoridad, que dé garantías a la ciudadanía y a los operadores, al Estado y al mercado, de la idoneidad de las prácticas y respeto de los estándares internacionales de operación segura.
- La regulación ambiental y de despacho eléctrico requerirían modificaciones importantes para implementar un programa nuclear en Chile.
- Es necesario desarrollar los recursos humanos para operar y regular la industria y eso toma un tiempo no despreciable.

Finalmente, en el desarrollo de la industria nuclear existe un ámbito privilegiado de cooperación internacional con países de la región con mayor desarrollo relativo en esta materia. Vale recordar el acuerdo de Euratom, establecido para hacer frente a la estrechez de fuentes de energía convencional en Europa, que tuvo un efecto decisivo en la conformación del Mercado Común y más tarde de la Unión Europea. Del mismo modo, un acuerdo para el desarrollo conjunto de una industria nuclear en una red regional integrada podría ser un poderoso instrumento de desarrollo e integración económica y tecnológica en América Latina.

4.3. Los estudios

De estas conclusiones se desprende que sería recomendable, para seguir avanzando, la realización de una serie de estudios para dimensionar la viabilidad de un programa nuclear en Chile. En particular, se necesita conocer cuáles serían los beneficios que traería y cuáles serían los desafíos específicos —geográficos, legales, ambientales, económicos, culturales, etc.

Estos estudios fueron llevados adelante con diligencia y eficiencia por el Ministerio de Energía encabezado por Marcelo Tokman y su equipo, y sus resultados se recogieron en un informe entregado al país

www.cepchile.cl

en enero de 2010[8]. Según dicho informe, la energía nuclear podría tener cabida en nuestra matriz eléctrica en la década del 2020, aportando al suministro y manteniendo acotada nuestra huella de carbono. Estos estudios indican que no hay ciencias ocultas en la energía nuclear y que sería un desarrollo alcanzable con las condiciones del Chile de hoy. Por último, ante escenarios futuros inciertos en precios y en suministro de energía, sería irresponsable no prepararse para contar con una fuente energética abundante, competitiva y segura.

Estos estudios también permiten dimensionar las brechas que aún tenemos en nuestro ordenamiento legal, institucional, de infraestructura, de recursos humanos, etc., dando una idea más precisa del esfuerzo que debemos realizar como sociedad para ponernos a la altura del desafío de tomar una decisión responsable, consciente e informada sobre si debemos iniciar un programa nuclear o no.

5. Mirando al futuro

Las conclusiones de ambos informes —informe del GTNE y el del Ministerio de Energía— pueden considerarse modestas: en el primero se concluía, a partir de la experiencia mundial, que la ENP no se debía descartar de nuestra matriz energética futura; en el segundo se dimensionaban las brechas y se afirmaba que la ENP sería conveniente para Chile y que tendría cabida en la década del 2020[9].

Esto ha bastado para cambiar el tono de la conversación en torno a la energía nuclear. La opción nuclear para generación eléctrica fue analizada en repetidas ocasiones en el pasado, pero en todos esos ejercicios se concluyó que la opción nuclear no era una solución económicamente viable. Esta vez la conclusión fue no descartar la opción nuclear y, más aún, indicar cuándo podría ser conveniente incluirla.

En verdad, aún no sabemos si la opción nuclear va a ser descartada más adelante, pero sí sabemos cuáles son los pasos que debe dar el país para llegar a una decisión responsable al respecto, y esto incluye una evaluación cuidadosa de múltiples variables que antes no se consideraron. Por ejemplo, ésta es la primera vez en que se considera

[8] Marcelo Tokman, Núcleo-electricidad en Chile: Posibilidades, Brechas y Desafíos (Santiago: Ministerio de Energía, 2010).

[9] Marcelo Tokman, "¿Núcleo-Electricidad en Chile?", *La Tercera,* 30 enero 2010, p. 4.

www.cepchile.cl

el impacto que el calentamiento global podría tener en el país y de qué manera eso influye sobre la decisión estratégica de aumentar o reducir la huella de CO_2.

Lo que falta no es poco ni es fácil. Quienes hemos participado de este esfuerzo inicial sólo esperamos que la administración actual continúe el trabajo con el mismo rigor y esmero que mostró la administración de la Presidenta Bachelet, quien dejó a un lado sus propias aprensiones y justificados temores, para permitir que la verdad hablase por sí misma.

DIÁLOGO CON EL PÚBLICO

Pregunta: *La energía nuclear parece una excelente opción, pero tengo dudas con respecto a la extracción del uranio y su enriquecimiento*.

Jorge Zanelli: El uranio es un mineral abundante en la Tierra: es más abundante que el mercurio, y tan abundante como el estaño o el molibdeno, que son bastante comunes. Y está repartido de manera relativamente uniforme en el mundo. En Chile hay uranio, lo mismo que en Argentina, Brasil, Australia, Canadá, Estados Unidos, etc. El problema no es tanto la extracción o la minería del uranio, que es un proceso muy similar a la minería del cobre —de hecho Codelco tiene un proyecto de recuperación de uranio de los relaves de cobre—, el problema es la generación de combustible, que requiere etapas de enriquecimiento. El uranio que entra en un reactor, es decir el combustible, no es uranio natural (hay reactores de uranio natural, pero no son los más comunes). En el uranio hay que separar el uranio 235, aumentando la concentración de este isótopo, ya que es el que produce la reacción en cadena en forma eficiente. Ese proceso lo hacen muy pocos países, pues es costoso y difícil desde un punto de vista tecnológico. También es militarmente importante, porque sirve para hacer bombas. El mismo proceso que sirve para producir combustible sirve también para producir armas nucleares, y por lo tanto es altamente controlado por la comunidad internacional.

Hay países que tienen armas nucleares y que cuentan con sus propios procesos de enriquecimiento; hay otros que realizan el enriquecimiento sin tener programas nucleares; y hay algunos que venden el

www.cepchile.cl

servicio de enriquecimiento de uranio. Chile podría comprar el servicio de enriquecimiento de uranio para la fabricación del combustible, si así lo quisiera. Ahora, una vez enriquecido el uranio, la fabricación de las barras de combustible plantea otro problema tecnológico. Pero tampoco es una empresa tan difícil; no es más complicado que producir un avión.

De manera que el combustible de uranio es un *commodity* que se compra en mercados internacionales y se produce en forma bastante abierta, pero bajo estrictas normas de control para evitar la proliferación nuclear.

P.: *Me pregunto cuál es la magnitud del impacto ambiental que puede tener un accidente nuclear. Porque si bien usted mencionó la cantidad de muertos en el caso de Chernobyl, por ejemplo, no dijo cómo podría afectar el medio ambiente un accidente nuclear. Creo que eso es lo que más les preocupa a los ambientalistas y a la gente que siente temor frente a este tipo de tecnología.*

J. Z.: Lo peor que puede pasar en un accidente es algo como lo que ocurrió en Chernobyl, que es la liberación de material radiactivo, de radioisótopos que provienen del núcleo y que son esparcidos por la atmósfera y finalmente caen en la tierra y entran en los ciclos vitales. Eso tiene claramente un efecto sobre la salud de las personas.

Como en el caso de Chernobyl, esos radionucleidos esparcidos por la atmósfera decaen rápidamente y al cabo de seis meses queda una traza bastante menor de ellos. Pero la gente que es expuesta tempranamente, que vive cerca y que respira o consume esos tóxicos, puede desarrollar cáncer. En el caso de Chernobyl el principal radionucleido que se repartió por la atmósfera fue el yodo-131. El yodo es metabolizado y absorbido por la tiroides, donde se concentra. De modo que el yodo radiactivo produce daño a los tejidos de la tiroides y eventualmente cáncer en esta glándula. Para evitar eso, lo que se hace es suministrarles a las personas una tableta de yodo para neutralizar la absorción del yodo radiactivo y lograr así que prácticamente desaparezca el problema. En el caso de Chernobyl no se hizo eso, porque se quiso mantener en secreto el accidente. Y las autoridades tardaron por lo menos tres días en distribuir las pastillas de yodo, cuando ya era demasiado tarde. El I-131 tiene una vida media de alrededor de ocho días. Si no se suministra en el primer momento, ya es demasiado tarde.

Entonces, hay medidas como ésas que se pudieron haber adoptado y que en el futuro espero que se tomen en caso de un accidente, que tienen un impacto más sobre la salud de la gente que sobre el medio ambiente.

Todos los materiales radiactivos decaen con el tiempo. Las sustancias radiactivas más activas y virulentas son las que decaen más rápido, de manera que al cabo de unos meses ya no quedan muchas trazas de ellas. Las que decaen más lentamente —que son los metales pesados, como el plutonio, el uranio, etc.— tienen vidas medias largas y producen baja radiactividad. El problema radica en el efecto que eso produce sobre los organismos que tienen un metabolismo más activo, por ejemplo los animales: puede haber muerte de muchos animales e incluso la desaparición de especies enteras. Sin embargo, lo que se vio en Chernobyl es que la vida silvestre en los bosques alrededor de la central, que antes había desaparecido por la presencia humana, al cabo de diez años de la evacuación de la gente volvió a florecer, reproduciéndose libremente. Es así como hay muchos osos, lobos, antílopes, etc. Todo tipo de vida silvestre que en el pasado había prácticamente desaparecido, se reinstaló ahí.

De manera que sobre el medio ambiente el impacto es curiosamente más bien positivo. No es que esté proponiendo que provoquemos accidentes para restablecer la naturaleza, pero el efecto de un accidente nuclear es más sobre la salud humana que sobre el medio ambiente.

P.: *En la eventualidad de que se decidiera en Chile adoptar esta energía, ¿cuánto demoraría el país en prepararse en todo ese proceso de formación de recursos humanos, capacidad instalada, etc.?*

J. Z.: La estimación del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) es que se requieren doce años para que un país que no tiene nada pase a tener un primer reactor funcionando. Tiempo por lo demás suficiente para preparar profesionales prácticamente en cualquier especialidad. El problema principal es lograr que el país esté adecuado para eso, que cuente con la infraestructura legal y normativa, con las regulaciones adecuadas. Y por supuesto, previamente tiene que haber un debate nacional, ojalá público, en que se llegue a un convencimiento de que ésta es la mejor opción.

Ahora, ¿cuánto dura el proceso? Eso depende, pues cada país tiene su propio ritmo. Pero hay que hacer adecuaciones legales, mejorar

la infraestructura física del país…, hay que hacer muchas cosas. Si nada de eso existe, podrían transcurrir doce años hasta tener un programa.

P.: *Ustedes ya elaboraron un informe que fue multidisciplinario, y por lo que usted explicó, también se entregó un informe de lo que implicaría adoptar esta alternativa. ¿Qué es lo que viene ahora? ¿Qué estamos esperando para tomar una decisión como país?*

J. Z.: El informe que elaboramos como comisión el año 2007 es bastante breve, tiene 60 páginas. Se trata simplemente de un listado de lo que aprendimos y concluimos, y las recomendaciones para el caso de Chile.

El otro informe es el que entregó el ministro Tockman en enero de este año. Allí se hace un análisis de los estudios que se realizaron, a los cuales me referí antes, y que fueron alrededor de una docena. En dichos estudios se estableció cuáles eran las ventajas y desventajas de una cierta tecnología, de qué manera se tenía que organizar el país para tener un órgano regulador, a quiénes debía corresponder la responsabilidad de formar recursos humanos, cuáles son las fallas en el sistema legal que habría que resolver para establecer un programa de energía nuclear, qué pasa con la red eléctrica. En fin, una serie de desafíos. Se cuantificaron las brechas y se determinó dónde faltaba mucho por hacer, y dónde muy poco, dónde el país estaba listo.

Es en ese análisis general que hay que avanzar ahora. Hay que subsanar las insuficiencias y decir "vamos a elaborar una ley para establecer un órgano regulador, que separe la función regulatoria de la función promotora de la energía nuclear, que en este momento están confundidas. Tenemos que adecuar la institucionalidad ambiental". Para eso se requiere cierto tiempo, y eso es lo que se desprende de este informe.

A mi juicio, al gobierno le corresponde ahora avanzar en ese sentido, y hay una ruta trazada, que deriva más o menos de la experiencia del Agencia Internacional de Energía Atómica (IAEA), y no es algo que estemos inventando nosotros. La IAEA ofrece su ayuda para asesorar a los países, y siguiendo ese derrotero es que hemos avanzado y creo que el país no debe detenerse.

P.: *Usted mencionó que éramos más exportadores de carbono que de cobre, por la huella de carbono que dejaba la extracción de este*

www.cepchile.cl

mineral. Agregó que la extracción del cobre era similar a la del uranio. Ahora bien, ¿no es necesario incluir esta huella o esta trazabilidad del carbono dentro del estudio de emisión de CO_2 para hacerlo comparable con las otras fuentes de carbono?

J. Z.: Efectivamente, en un país que no tiene energía nuclear, la única forma de refinar el cobre para exportarlo es quemando petróleo o carbón. O sea, en ese caso la huella de carbono es inevitable. Si tuviéramos energía nuclear, podríamos utilizarla para generar el mismo proceso en el cobre, en el uranio o en lo que sea.

Entonces, para un mismo proceso, la huella de carbono es muy distinta en un país que tiene matriz nuclear que en un país que no la tiene. No está claro cuál sería el proceso más razonable en el caso de Chile, si convendría o no extraer uranio en Chile para usarlo en un reactor. A lo mejor la ley del uranio que hay en Chile no es suficientemente interesante como para que sea rentable y quizás resulte más barato comprar uranio en Argentina o Brasil. La verdad es que eso no está claro y es uno de los estudios que habrá que hacer en algún momento. Hace mucho tiempo que no se hace una prospección de uranio en Chile porque, entre otras cosas, hay ciertas barreras para su explotación. Eso debería cambiar en el tiempo.

P.: *Si entendí bien, la energía nuclear calienta agua, y esa agua mueve unas turbinas, etc. ¿No se irradia esa agua en el proceso de calentamiento, no queda radiactiva?*

J. Z.: No. El uranio está contenido en una vasija donde están las barras de combustible, que son las que producen el calor. Ese uranio está metido dentro de unas cápsulas e inmerso en un baño de agua. Esa agua se calienta mucho y se contamina, pero circula en un circuito cerrado que no entra en contacto con el medio ambiente. Esa agua intercambia calor con otra agua que circula por la turbina. Entonces, está el ciclo que pasa por el reactor, que calienta a través de un intercambiador de calor —una especie de radiador— otra agua, que pasa por la turbina y después se enfría, y el agua que enfría todo eso es la que viene del mar o que vuelve a los ríos. De manera que no hay ninguna interacción entre el medio ambiente y el agua que está en contacto con el combustible.

P.: *El agua que está en contacto con el uranio, ¿se puede reutilizar o es un desecho tóxico del que hay que hacerse cargo?*

J. Z.: No. Esa agua circula ahí por años. Tiene que estar filtrándose permanentemente, porque empiezan a aparecer sustancias en suspensión, óxidos, algunos desechos de los mismos productos radiactivos, etc., que se desprenden de la superficie. En ese proceso los filtros van acumulando material radiactivo que es parte de la basura que produce el reactor. Pero lo que queda en los filtros es una cantidad bastante menor.

P.: *¿Qué rol cumple la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN) en todo esto? ¿El reactor nuclear que opera la CCHEN produce energía que entra a la matriz eléctrica o la energía que produce se usa en otro tipo de cosas? ¿Es un reactor como el que está planteando que instalemos, o es distinto?*

J. Z.: No, es una cosa totalmente distinta. Hay dos reactores nucleares en Chile. Un reactor nuclear está en La Reina, muy cerca de nosotros, y el otro está en Lo Aguirre, cerca del túnel Lo Prado. El reactor de Lo Aguirre no funciona, está apagado. El de La Reina produce radioisótopos. Esencialmente, se trata de una piscina que contiene barras de uranio para irradiar sustancias químicas con neutrones, produciendo isótopos radiactivos para el tratamiento de cáncer, para diagnóstico, etc. Estos radioisótopos luego se extraen y se envían a hospitales y clínicas. Yo creo que todos nosotros hemos sido sometidos en algún momento a una sustancia que ha salido de ahí. Todos los tratamientos de cáncer en Chile se realizan de alguna forma con material que proviene de ahí.

El reactor de La Reina no está diseñado para producir electricidad, sino para producir radioisótopos mediante neutrones; la energía que genera es muy baja como para calentar agua.

P.: *Si el primer reactor que se instale comienza a funcionar el 2020, ¿por qué habría que cerrarlo el 2080 o el 2090?*

J. Z.: La verdad es que todos los procesos industriales se construyen con partes que van envejeciendo. En este caso hay bombas que mantienen el agua circulando, válvulas que se abren y se cierran, muchas piezas y partes que funcionan continuamente y tienen que irse

www.cepchile.cl

reponiendo. Hay una parte del reactor que no se puede reponer, que es la vasija donde está el combustible nuclear —el uranio—, que es un depósito bastante grande, de unos 8 m de diámetro y 12 m de alto en una pared de acero de 75 cm. Ahí es donde está inserto el núcleo del reactor. Con el uso, todos los metales se van gastando, porque las vibraciones van produciendo micro grietas, fisuras, transmutaciones químicas y transmutaciones nucleares. Cuando un neutrón golpea el acero, muchos núcleos del acero o del hierro se transforman en otras cosas: manganeso, cromo, argón, etc. Eso empieza a producir corrosión química de la superficie y la hace porosa. Después de cierto tiempo, el desgaste que se ha producido es tal que hay que reponerla. Se estima que la vida media de una vasija de este tipo debe ser de unos sesenta años. De manera que transcurrido ese plazo hay que volver a montar el reactor, porque si hay que cambiar eso hay que cambiarlo todo. Las otras partes —válvulas, sensores, bombas, etc.— se pueden ir remplazando durante la vida del reactor. Pero esa parte es la central y hay que cambiarla entera.

Para entonces, dentro de sesenta años, la tecnología habrá cambiado y ese tipo de reactor ya no se va a usar, sino algún otro tipo. Así pues, se estima que al cabo de sesenta años ese mismo reactor se transformará en chatarra y habrá que construir otro nuevo.

P.: *¿Podría hacernos una reseña de otras posibilidades energéticas, como la geotérmica y aquella relacionada con las corrientes marinas, que en general están en investigación pero que son particularmente interesantes para Chile? Mi otra pregunta se refiere a la utilización de la basura nuclear para producir energía, ¿tiene algún conocimiento sobre avances en ese sentido?*

J. Z.: Todas las formas de generación eléctrica que parten de la naturaleza más directamente, como el viento, las olas o la geotermia, son interesantes y poseen un potencial de desarrollo. Chile, que es un país que se encuentra en un cinturón volcánico, tiene condiciones favorables para esas alternativas, por lo que se trata claramente de un área que hay que desarrollar. Y una de las recomendaciones que formulamos es que no por desarrollar la energía nuclear dejemos de desarrollar las demás. La estrechez energética nos va a obligar en algún momento a meternos en todas ellas.

El problema, en primer lugar, es que se trata de tecnologías que aún no están suficientemente desarrolladas. En segundo lugar, son tec-

nologías que dependen mucho del país, pues cada país tiene condiciones geográficas diferentes. El diseño de un proyecto geotérmico es diferente si está destinado a este país o a este otro. No todas las fuentes termales tienen la misma temperatura, ni la misma presión, ni el mismo ciclo: cada una es muy especial. Los proyectos emprendidos dependerán del detalle de cada situación. Por último, la cantidad de energía que se puede extraer de una central geotérmica es relativamente pequeña. A lo mejor es suficiente para alimentar a San Pedro de Atacama, pero no para Antofagasta. Es decir, puede ser que haga diferencia en comunidades pequeñas, pero no va a hacer ninguna diferencia en una ciudad grande.

Lo mismo vale para la energía solar o la eólica. Son interesantes, pero no tienen un volumen que pueda compararse con la energía nuclear, que se encuentra en una categoría que no compite con las anteriores. Es como un dinosaurio *versus* un ratón. Son cosas distintas, realidades distintas, funciones diferentes, usos diferentes, mercados diferentes.

Creo que efectivamente hay oportunidades allí, y nada impide avanzar en ellas si hay un programa nuclear, pero van por canales separados.

Con respecto al combustible nuclear, efectivamente hay un proyecto de requemar el combustible nuclear quemado. El combustible que sale de un reactor es altamente rico en actínidos y en nucleótidos que son tóxicos, y uno de los problemas es destruir eso. Una manera de destruirlo es ponerlo en un acelerador de partículas, bombardearlo y producir más energía a partir de ello. Es un proyecto que está siendo evaluado y no sé hasta dónde se ha llegado, pero es una idea muy interesante. A lo mejor se transforma en la solución… En tal caso, el combustible gastado, en vez de ser basura podría ser un recurso para producir más energía.

P.: *Me gustaría que se explayara un poco más en los estudios a realizar para instalar la energía nuclear. Lo digo porque, como usted dijo en su presentación, el problema energético chileno está en el corazón del problema ambiental, y el problema ambiental en nuestro país es de carácter político, y me parece prácticamente imposible que en doce años más pudiésemos eventualmente tener un reactor funcionando*.

J. Z.: Estoy de acuerdo en que hay un componente político. Pero soy optimista y creo que a la larga se impone la racionalidad, pues es

difícil mentir indefinidamente. Los mitos también se desmoronan solos después de mucho tiempo: tienen una vida media larga, pero no infinita.

El problema pasa, a mi juicio, por un tema de información y educación, en cuanto a establecer la discusión desde la academia o a través de los medios adecuados para que tenga solidez. En ese sentido, el mundo académico está llamado a asumir un papel más activo. Creo que esta discusión en el vacío, a través de los diarios o de los medios de comunicación, es totalmente espuria y peligrosa. No cuesta mucho confundir a la gente, hacerla votar o rebelarse contra cualquier cosa. Creo que el respaldo de la comunidad científica es esencial para avanzar en el tema, tanto para apreciar realmente la magnitud de la solución como la magnitud del problema.

No sé si doce años es mucho o poco. Hay gente que piensa que es mucho y hay quienes estiman que es poco. Creo que cada país tiene distintos lapsos. Los Emiratos Árabes acaban de iniciar un programa nuclear en que van a comprarle a Francia todo, desde la instalación de las centrales, la operación de las mismas, el manejo de los desechos, la instalación de líneas de alta tensión, el órgano regulador, etc. Y lo van a hacer en seis años. Claro que no tienen el problema de una aceptación pública importante: hay un rey y él decide. En Chile en otra época se podrían haber hecho cosas así. De hecho los estudios anteriores nunca consideraban la aceptación pública o un programa de educación ciudadana como parte de las variables. Yo creo que hoy día no es posible considerar un programa de energía nuclear sin aceptación pública. Así como vemos que los programas ambientales tienen en general un componente importante de aceptación pública, yo creo que éste es uno más.

Ahora, el programa nuclear no es un problema esencialmente ambiental, sino sólo lo es indirectamente, porque los efectos ambientales son más positivos que negativos. Pero si bien esos efectos no constituyen una amenaza para las personas que se consideran defensoras del medio ambiente, sí generan aprensiones. Se trata, entonces, más bien de un problema de educación e información y pienso que en este sentido se puede avanzar mucho con la comunidad científica, con las universidades, con el debate abierto y transparente a ese nivel. El problema es que si esto se lo dejamos únicamente a los periodistas, puede pasar cualquier cosa.

P.: *¿Usted cree que hoy en día la Comisión Chilena de Energía Nuclear tiene una institucionalidad adecuada para enfrentar el pro-*

www.cchen.cl

blema? Tecnológicamente estoy de acuerdo con doce años, pero el problema, me parece, está en el tiempo que demore la población en estar preparada.

J. Z.: Yo no sé cuánto tiempo tome cambiar la mentalidad de la gente, pero veo una evolución. Estaba mirando una encuesta que hizo la Universidad Diego Portales en enero de este año, que mostraba que aproximadamente el 50% de la gente está a favor y un 50% está en contra. Si uno lo mira gruesamente, hay distintas respuestas por grupos etarios, distintos sectores económicos o culturales, pero la proporción es más o menos 50 y 50%.

Creo que eso puede cambiar con una buena campaña de información, con una demostración adecuada de las virtudes y problemas, para que la gente tome en serio este asunto y vea que no solamente hay un grupo de promotores de la energía asociado con un grupo de vendedores de equipos que sólo quieren hacer un buen negocio y meternos a todos el dedo en la boca.

Y también creo que no debe ser muy difícil convencer a los tomadores de decisiones, entre los cuales existe un desconocimiento abrumador (por ejemplo entre los parlamentarios), por lo que da miedo que tomen alguna decisión sobre este asunto. Y ése es un problema transversal: dan miedo las personas que están tanto a favor como en contra. Hay gente que da miedo por lo entusiasta, porque su entusiasmo es desbordante y un poco irresponsable. Y hay quienes piensan que se va a acabar el mundo. □

www.cepchile.cl

LIBRO

Vasco Castillo, *La Creación de la República: La Filosofía Pública en Chile 1810-1830.* (Santiago: LOM, 2009.)

LA INDEPENDENCIA DE CHILE Y EL REPUBLICANISMO

Renato Cristi

En 1810, José Amor de la Patria, pseudónimo del autor del *Catecismo Político-Cristiano*, escribe: "el gobierno republicano es de dos maneras: o aristocrático, en que solo mandan los nobles y optimates; o democrático, en que manda todo el pueblo por si o por medio de sus representantes o diputados" (74). Esta notable afirmación marca, según Vasco Castillo, el curso del debate político de Chile durante los veinte primeros años de su vida independiente. En 1830, fecha limítrofe de este estudio, resulta claro que tanto el tronco republicano como sus dos ramas, tanto la democrática como la aristocrática, se extinguen, y lo que deviene es un régimen proto-monárquico. Tres décadas más tarde, en 1861, José Victorino Lastarria lamenta la pseudo-república portaliana que anula los frutos de la Independencia:

> La generación que debe su educación al sistema [portaliano], lo servirá sin comprender que obra contra sus intereses, creyen-

Renato Cristi. Ph.D., Toronto. Profesor en el Departamento de Filosofía en Wilfrid Laurier University, Canadá. Ha publicado (con Carlos Ruiz) *El Pensamiento Conservador en Chile* (Editorial Universitaria, 1992), y recientemente *Hegel on Freedom and Authority* (University of Wales Press, 2005).

Palabras clave: republicanismo; democracia; representación; participación.

> do con toda fe que el gobierno fuerte es preferible al gobierno flexible, que el espionaje y el despotismo son medios legítimos de afianzar la autoridad, que la autoridad debe predominar sobre la libertad, que la república es una farsa, que la sociedad no ha de gobernar sino dejarse gobernar, que la opinión pública es una mentira... [Esta generación] confesándose hija agradecida de la revolución de independencia, no tendrá rubor de renegar contra ella, acatando y profesando los errores de la vida colonial, y lo que es más triste, creyendo que nuestras sociedades no tienen salvación sino en la *Monarquía*, puesto que la república, que ella conoce, esa república que ha bastardeado y parodiado la reacción colonial, es impotente. (12)

Castillo retoma el tema que plantea Lastarria y se pregunta por las causas del debilitamiento y desprestigio de los ideales republicanos, las causas que permiten a Portales restaurar un régimen autoritario que re-edita el pasado colonial. Su libro entrega claves esenciales para resolver este puzzle. Castillo examina el desarrollo del pensamiento republicano en las dos primeras décadas. Distingue dos etapas en ese desarrollo que hace coincidir con la división de su libro en dos partes. (I) La Primera Parte, que cubre los breves años de la Patria Vieja, examina el republicanismo original de Camilo Henríquez y Juan Egaña principalmente. Es un republicanismo signado políticamente por la idea de un auto-gobierno participativo, es decir, por la identificación implícita de lo republicano con lo democrático. Asimismo, Henríquez y Egaña, asiduos lectores de Rousseau y Montesquieu, perciben que la condición de posibilidad del orden político que contribuyen a fundar es la virtud patriótica, es decir, la disposición ética que nos induce a anteponer el bien común al bien privado. (II) La Segunda Parte toma el período que se extiende de 1817 a 1830 y estudia la disolución del ideario republicano original. Lo que se disuelve es el complejo nocional república/democracia. Castillo constata cuatro momentos en ese proceso de disolución: (1) comprueba cómo en Henríquez la noción de representación desplaza a la de identidad democrática, primera etapa del eclipse de la primera conciencia republicana; (2) luego examina el republicanismo aristocrático de Egaña que también rompe con la primera conciencia republicana, y de paso refuta lo que Castillo considera ser la "unidad y continuidad" del pensamiento de este autor (39); (3) en 1825 entra en escena el movimiento federalista que, a pesar de enfatizar lo democrático, contribuye también a disolver la ligazón república/democracia. El federalismo chileno rechaza el "viejo republicanismo", y busca identificarse con el

sistema político estadounidense; (4) el desprestigio del republicanismo deja a la intemperie a la democracia, que es incapaz ahora de resistir el impulso presidencialista que le imprime a la política Mariano Egaña, y que luego institucionaliza Portales.

I. En la Primera Parte, el republicanismo aparece como el capital de ideas que guía nuestra Independencia en 1810. La legitimidad monárquica se extingue y se inaugura una nueva legitimidad que Castillo describe como "una legitimidad política totalmente nueva y desconocida en la práctica e instituciones existentes" (21). Castillo registra este hecho en las palabras de Camilo Henríquez: "De cuánta satisfacción es para un alma formada en el odio a la tiranía, ver a su patria despertar del sueño profundo y vergonzoso, que parecía hubiese sido eterno, y tomar un movimiento grande e inesperado hacia la libertad" (22). Esta es la idea que dirige toda la elaboración de estos primeros pensadores republicanos. Y el modelo que siguen es Roma: "Los Romanos se distinguieron de todos los pueblos del mundo por la atención escrupulosa de las autoridades en respetar y conservar inviolables los derechos de todos los individuos de la república" (27). Henríquez también nota la relación interna entre libertad y autoridad, que también sella indeleblemente al republicanismo romano. Escribe: "La libertad debe rodear al hombre bajo la garantía de la ley" (27). La libertad se expresa como autogobierno, el derecho del pueblo a "hacer su leyes" (27). De aquí deriva Henríquez otras condiciones del autogobierno: el patriotismo, la virtud cívica y la condena del vicio y la corrupción.

Cuando Castillo examina la obra de Juan Egaña, aparece en plenitud lo novedoso que resulta leer nuestra Independencia en clave republicana. La historiografía chilena ha sido unánime en juzgar a Egaña por su afán de inculcar la virtud, y como un inquisidor atávico y prejuicioso que busca imponer la moral católica al mundo político. Castillo ofrece una lectura suya distinta a partir de la matriz republicana. El ideal moral de Egaña aparece ahora como esencialmente cívico. Su definición de virtud es la de Montesquieu, a saber la disposición del ciudadano a subordinar su bien privado al bien público (41). La misma lectura puede hacerse con respecto al tema de la religión. La oposición de Egaña a la tolerancia religiosa tiene un sentido republicano. Intenta la formación de una religión cívica, "una religión de Estado" (45). No puede quedar separada la religión del orden cívico; no debe convertirse la Iglesia en "una secta eremítica y misantrópica" (46). Escribe Egaña:

"Sin religión uniforme se formará un pueblo de comerciantes pero no de ciudadanos" (47).

El tercer republicano que estudia Castillo es Antonio José Irisarri, cuyo tono más reflexivo y escéptico contrasta con el entusiasmo inicial de Henríquez y Egaña. Tiene muy claro cuál es el ideal republicano que todavía aparece implícitamente ligado a la democracia. Se trata de un régimen "en donde no incide el poder de la riqueza y los vínculos personales y familiares, donde impera el interés público, bajo el principio del autogobierno" (55-6). Pero este ideal republicano democrático no ha impedido que se desaten las pasiones egoístas, las pasiones de partido y del engrandecimiento de la familia. Irisarri atisba ya el peligro que representa una democracia desencadenada y que anuncia el eclipse republicano que Castillo examina en la Segunda Parte. El peligro que percibe Irisarri es la tiranía democrática: "No sea, chileno, que saliendo de horroroso abismo de la arbitrariedad de un Rey, caigamos miserablemente en otra, en que sean innumerables los tiranos" (58). Este tema marcará la agenda de los republicanos de la Patria Nueva.

II. En la Segunda Parte, Castillo examina lo que denomina "segunda conciencia republicana". Aflora aquí con fuerza la "controversia república/democracia" (73), que tiene por resultado la separación antagónica de estas dos nociones. Según Castillo, esta controversia corresponde a la disputa entre los humanistas cívicos del *Quattrocento* (quienes favorecen la idea de un senado aristocrático como el veneciano para frenar a la plebe) y Maquiavelo (para quien la grandeza de Roma reside en el enfrentamiento entre plebeyos y patricios; Maquiavelo admira a Florencia, y vilipendia a Venecia). Es el mismo debate que enfrenta a federalistas y anti-federalistas en Estados Unidos (78). Madison, en el *Federalista 10*, contrapone dos formas de gobierno popular: la democracia y la república. "Una república es un gobierno en que tiene efecto el sistema de la representación [...] En la república se delega la facultad de gobierno en un pequeño número de ciudadanos, elegidos por el resto [...]" (82). En Estados Unidos, esto significa que la representación sirve de freno a la identidad democrática. En Chile, la representación juega un papel distinto. En el argumento de Castillo, reaparecen Irisarri, Henríquez y Egaña, y en todos ellos la representación no sólo desacelera y frena la democracia, sino que más bien la ahoga y la sepulta. Pero el eclipse democrático trae consigo el eclipse republicano. Las causas de esta regresión vienen dadas en parte por la historia. "Un pensamien-

to político como el republicano está fuertemente sujeto a la historia", reconoce Castillo (89). La historia determina que la traumática derrota de 1814, y la consiguiente restauración colonial, tensione la relación del republicanismo con la democracia. Castillo discierne cuatro etapas en la evolución del ideario republicano chileno a partir de 1817. Esta evolución deja en evidencia que la anulación democrática le resta vitalidad al republicanismo y conduce a una república degradada que parodia, a los ojos de Lastarria, la reacción colonial.

(1) En la primera etapa, cuando Irisarri extiende su mirada más allá de Chile no ve más que el desorden democrático, "la única causa de la ruina de Cundinamarca, de Cartagena y de Caracas [...] y de las Provincias Unidas del Río de la Plata" (93). Para Irisarri la libertad no es un bien absoluto que requiere ser limitado. Denuncia la licencia de los Carrera prefigurada en el mal uso de la libertad en Francia, Holanda y las repúblicas italianas (94-95)[1]. Por ello ve la necesidad de afirmar la autoridad de O'Higgins (96). En relación a Irisarri, Castillo cita un trabajo publicado en *El Telégrafo* el 23 de julio de 1819. Su título es: "Ensayo sobre la libertad". *El Telégrafo* no señala su autor, pero se indica que es una publicación de origen europeo. El ensayo contrapone libertad y licencia. "Los miembros de una sociedad no pueden ser libres sino en cuanto lo permiten las leyes racionales; y el no obedecer más que a unas leyes justas es gozar de toda la libertad que un ciudadano puede desear" (99). El "Ensayo sobre la libertad" es el primero en Chile en postular la representación como remedio para la licencia democrática.

En 1822, Camilo Henríquez, de regreso de su exilio en Buenos Aires, lee a Antoine Destutt de Tracy, y adhiere a su recomendación de abstenerse del uso del término 'republicano' por considerarlo muy vago (107). Piensa que es un error creer que el pueblo es libre cuando goza de una autoridad omnipotente (110). El pueblo puede ser despótico y debe ser contenido (108). En un artículo de septiembre de 1822 afirma

[1] Hay que tomar en cuenta que la situación en Europa, también de gran impacto en Chile, no es favorable al republicanismo. En Prusia, el asesinato de Kotzebue en marzo de 1819 determina un giro hacia un monarquismo autoritario. En febrero de 1820, el asesinato del Duque de Berry, heredero del trono francés, también determina una afirmación autoritaria. Ese mismo año, además, se descubre una conspiración en Londres y hay serios disturbios en España, que involucran a Portugal. En Francia, Pierre-François de Serre, el único liberal doctrinario que conserva su ministerio durante el gobierno del Duque de Richelieu, proclama: "Hay tiempos en que es necesario sacrificar la libertad en aras del orden" (cf. Luis Diez del Corral, *El Liberalismo Doctrinario* [Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1973], p. 210).

que la primera necesidad de un pueblo es ser gobernado y que la verdadera solución es la representación, única manera de frenar el exceso de libertad. En lo sucesivo Henríquez va a hablar de gobierno representativo, y se abstendrá de usar el término 'república' (114). Castillo apunta en la dirección de Destutt de Tracy como clave para entender a Henríquez[2].

(2) Juan Egaña se manifiesta ahora en favor de la estabilidad que asegura un senado aristocrático y rechaza abiertamente las cámaras populares. Lastarria verá en Egaña al eje central del movimiento antirrepublicano. Pero en la opinión de Castillo, el esquema constitucional de Egaña, que denomina "aristocracia cívica", es sólo una de las ramas del tronco republicano que identificara el *Catecismo Político-Cristiano*. Se trata de un republicanismo que desconfía de las aptitudes políticas del pueblo reunido y da lugar a un modelo parapetado frente a la democracia (147). Las repúblicas de la antigüedad y la Edad Media postularon la existencia de un "cuerpo de notables, permanente y conservador" necesario para controlar el gobierno popular (184). Sin representantes permanentes, reunidos en un senado aristocrático, no es posible resistir "el despotismo monárquico y el desenfreno popular" (186). A pesar de su profunda hostilidad hacia la democracia, que identifica con la anarquía, Castillo caracteriza a Egaña como republicano, por ser éste "contrario a la monarquía y a toda forma de despotismo de castas y personas" (188).

(3) El Congreso Constituyente de 1826 sienta a la representación en el banquillo y genera un fugaz renacimiento del ideario democrático. Los federalistas chilenos reviven el anti-federalismo americano y defienden la idea de la representación como delegación por la que el diputado es un mandatario que recibe y expresa las instrucciones de sus mandantes. Se oponen así a la representación autónoma que había proclamado Burke en su discurso a los electores de Bristol (160) y que privilegia Henríquez. Con ello los federalistas chilenos incentivan la

[2] Una tarea interesante por delante sería examinar la influencia de Destutt de Tracy en la constitución del liberalismo chileno en el siglo XIX. En su *Tratado de Economía Política* defiende una concepción atomista de la sociedad, a la que concibe como "solo y exclusivamente una continua serie de intercambios". También afirma, en consonancia con el contractualismo, que "el comercio constituye el todo de la sociedad" (Antoine Destutt de Tracy, *A Treatise on Political Economy: Of Our Actions*, traducido por Thomas Jefferson [Detroit: Edward Brothers, 1973], pp. 6 y 15). Hayek ve aquí una formulación temprana de la filosofía económica neoliberal (véase Friedrich Hayek, *Law Legislation and Liberty*, Vol. II, *The Mirage of Social Justice* [Chicago y Londres: University of Chicago Press, 1976], p. 186, nota 12).

participación de lo que denominan "los pueblos" en plural, para indicar su rechazo a la idea de un sujeto unitario de la soberanía, concretamente del gobierno centralizado que facilita el despotismo de O'Higgins. Castillo menciona el *Manifiesto* de la Asamblea de Coquimbo de 6 de octubre de 1926. Después de pasar revista al ideario republicano chileno original, el *Manifiesto* expresa su intención de apartarse del republicanismo clásico que interpreta como una tradición obsoleta. Se lee en el *Manifiesto*: "Nada de lo viejo se aproxima a la perfección, si no es el sistema federal establecido en la América del Norte" (149). El viejo republicanismo es condenado por su tendencia unitaria y centralista.

(4) El eclipse definitivo del republicanismo se inicia con la crítica que dirige Juan Egaña, desde las páginas de *La Abeja Chilena*, al modelo federalista. Egaña concentra sus objeciones al "componente democrático", el federalismo (182), y lo hace a partir de su aristocratismo cívico. El error se origina en la imitación irreflexiva del igualitarismo norteamericano que ha conducido a creer en la soberanía absoluta y omnipotente del pueblo. Su particular versión republicana se opone así a los federalistas chilenos para quienes lo republicano se define "por la habilitación de las personas para ser ciudadanos" (189). Castillo reconoce que esta versión aristocrática del republicanismo está en tensión con la idea del auto-gobierno. Si esto es así, difícilmente podría Egaña calificar como republicano en tanto que la dominación representativa que propone no sólo controla sino también "des-habilita" a los ciudadanos, tornándolos incapaces de participar en espacio público[3].

Esta tensión se agudiza en el pensamiento político de Mariano Egaña, cuya "mirada al pueblo es muchísimo más desencantada que la del padre" (191). El hijo busca fortalecer el poder ejecutivo exacerbando al máximo el momento representativo y dejando de lado la participación. Cuando sus propuestas son implementadas por el régimen portaliano presenciamos el eclipse total de la tesis republicana. Castillo examina la correspondencia entre Juan Egaña y su hijo, que por esos años reside en Londres y París. Notable es la comparación que hace en una carta dirigida a su padre el 16 de febrero de 1828: "nada valen las instituciones si no están apoyadas por el carácter nacional; o lo que es lo

[3] La idea de "des-habilitar (*deskill*)" a los ciudadanos la examina Forment en su estudio acerca de la "democracia cívica" en América Latina (Carlos A. Forment, *Democracy in Latin America 1760-1900* [Chicago y Londres: University of Chicago Press, 2003], p. 429).

mismo que las leyes nada son sin las costumbres, aunque aquellas sean el producto del mayor saber y civilización" (195). Éste es un tema que todavía cabe dentro de los parámetros definidos por el republicanismo[4]. Pero lo que tiene en mente Mariano Egaña es algo que trasciende el marco conceptual definido por el republicanismo. Para evitar el "peligro democrático" busca fortalecer el poder ejecutivo (196). La figura presidencial concentra ahora todas las exigencias éticas y se le imputa "una virtud cívica extraordinaria," a la vez que las asambleas democráticas encarnan "todos los vicios y corrupción imaginables" (199-200).

El 12 de mayo de 1832, Mariano Egaña presenta su proyecto constitucional a la Gran Convención que se haya reunida desde 1831 y que será determinante para la redacción definitiva de la Constitución de 1833. Ella eleva "un coloso en el centro de la república" y nos aparta definitivamente del republicanismo para encaminarnos por la senda proto-monárquica que denuncia Lastarria.

En este extraordinario libro Castillo demuestra que el republicanismo constituye la principal vertiente que dirige y organiza la filosofía pública de las primeras décadas de la Independencia chilena. Se suma así al proyecto de Lastarria, y más recientemente de Carlos Ruiz Schneider y Pablo Ruiz-Tagle, que busca desentrañar nuestra identidad republicana fundacional desde una perspectiva filosófica. La novedad que aporta Castillo es su asimilación de los trabajos de Bernard Bailyn y Gordon Wood, punto de partida de una crucial disputa en la historiografía americana, que cuestiona el emplazamiento de Locke como la figura decisiva del ideario rector de la Independencia en Estados Unidos. Estos autores enfatizan la influencia de pensadores como Maquiavelo y Harrington, idea que recibe un espaldarazo decisivo en la obra de Pocock que amplía su argumento para incluir a Aristóteles y Polibio. Castillo ha articulando ese vasto material historiográfico con la filosofía de la libertad elaborada por Quentin Skinner, Philip Pettit y Michael Sandel. De este modo, *La Creación de la República*, más que un ensayo acerca de la historia de las ideas en Chile, es un intento de sentar las bases para una filosofía republicana chilena.

La perspectiva filosófica que adopta Castillo le otorga un carácter normativo a su investigación, lo que se traduce en su intento de descubrir "alternativas para pensar lo político en un escenario como el actual"

[4] La relación que postula Egaña entre instituciones y costumbres o hábitos será más tarde enfatizada por Tocqueville en su *Democracia en América* [cf. Forment, 2003], pp. 426-430).

(12). La categoría filosófica que le sirve como punto de partida y guía su exposición la obtiene de Pettit. Se trata de la idea de libertad como ausencia de dominación, que Pettit contrapone a la idea de libertad como ausencia de interferencia propia del neoliberalismo. Castillo da un paso más allá al postular el complejo nocional república/democracia como condición de posibilidad de la libertad republicana. Para Castillo ser libre significa participar en el auto-gobierno de la polis, colaborar en la creación y defensa de los bienes comunes valorados por la comunidad política.

La brillante narrativa histórica de Castillo deja en evidencia lo errado que resulta escindir conceptualmente el complejo república/democracia, para luego intentar su realización práctica por separado. Sería un error interpretar la postura de los federalistas americanos (Madison, Hamilton y Jay) como un republicanismo distante y ajeno a la democracia. Cuando Madison afirma lo republicano en detrimento de lo democrático, no es que rechace lo democrático *in totum*, sino sólo una interpretación unilateral y exagerada de la identidad como contraria a la representación[5]. En ningún caso se rinden los federalistas, como indica Hamilton, ante "los abogados del despotismo". Éstos se aprovechan de "los desórdenes que deshonran los anales de estas repúblicas, para extraer argumentos, no sólo contra las formas republicanas de gobierno, sino contra los mismos principios de la libertad civil" (80). La institucionalidad americana que se consolida con la Constitución de 1878, armoniza la identidad participativa y la representación, los elementos formales que configuran una democracia republicana. Esa misma armonización es la que comienza a ensayarse durante los breves años de la Patria Vieja. Desafortunadamente ese ejercicio político sufre una brusca y violenta derrota en 1814. Esto no ocurre con el republicanismo en Estados Unidos, lo que le permite una evolución institucional más armónica. En cambio, la República que renace en Chile en 1817 no es capaz de consagrar la armonía de la identidad y la representación, de la democracia y la república. El aporreado republicanismo que regresa a la escena con Henríquez, Egaña y los federalistas es incapaz de resistir los argumentos de los "abogados del despotismo". El de los dos primeros

[5] Examino los elementos formales de identidad y representación en "Participación, representación y republicanismo", en Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile: Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago: LOM), pp. 379-380.

porque enfatiza la representación en desmedro de la identidad, y el de los federalistas porque escoge el camino opuesto. Pero, como enseña la lección que nos brinda Castillo en las apasionantes páginas de su libro, una república sin identidad democrática es un esquema vacío, y una democracia sin representación republicana es una soberanía ciega. □

Gabriel Salazar, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX)* (Santiago: Edit. Sudamericana 2009), 794 páginas.

MERCADERES, EMPRESARIOS Y CAPITALISTAS (CHILE, SIGLO XIX) DE GABRIEL SALAZAR

Alfredo Jocelyn-Holt

www.cepchile.cl

I

Paradójicamente son de izquierda y no de derecha los historiadores más interesados en hacer una historia del capitalismo en Chile. Según el reciente libro de Gabriel Salazar, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas,* esto tendría una explicación. Ocurre que, desde la Independencia, lo que entendemos por institucionalidad política no habría sido más que un Estado dictatorial —creado por Portales— concebido para mantener militarmente el orden, explotar a las clases populares y dedicarnos como país a lo único que el patriciado local sería capaz: constituirse en mero intermediario mercantil, importar y comerciar bienes a cambio de exportar materias primas de menor valor. Portales lo entendió muy bien; Portales era comerciante, el patriciado local también lo fue. Nada, sin embargo, que pueda reconocerse abiertamente porque nos desprestigiaría como nación autónoma.

La tesis, como se puede apreciar, es una carambola perfecta. Niega el potencial local para modernizarnos a no ser que sea promovido por intereses económicos foráneos (palo a los nacionalistas). Resta

Alfredo Jocelyn-Holt. Historiador; D. Phil., Oxford. Profesor de la Universidad de Chile.

Palabras clave: historia general de Chile; historiografía; capitalismo; dependencia; orden portaliano; historia del pueblo.

valor a los pocos empresarios que podrían demostrar algún grado de empuje y capacidad de capitalización (palo a los neoliberales actuales o retrospectivos). Niega cualquier mérito al desarrollo institucional alcanzado salvo haber cumplido tareas puramente disciplinarias y coercitivas (palo a los liberales auténticos). Tacha de mitómana al grueso de la historiografía nacional porque siendo más conservadora que de izquierda, ¿de qué ha servido si no para cegarnos frente a nuestra única y pérfida realidad estancada? (palo a los conservadores).

Un solo poder —el capital extranjero— ha reglado nuestro devenir histórico republicano, afirma Salazar. Siempre hemos sido lo que somos: un país subdesarrollado y dependiente. Fue así durante la Colonia (palo a los colonialistas), siguió siéndolo durante el siglo XIX, y aunque en el XX nos autonomizamos quizá un poco gracias al Estado interventor entre 1938-1973 (guiño a los desarrollistas), qué le vamos hacer, hemos vuelto al modelo estructural desde que la dictadura reciente —obvio que "portaliana"— nos devolvió a la lógica que no ve otra lógica posible (palo al pinochetismo y al concertacionismo, por separado y coludidos en mortal abrazo).

Evidentemente, la tesis es insostenible. Se pega demasiados saltos anacrónicos. Presume continuidades que no pueden ser (la historia registra algo más que inercia estática). Abusa del monocausalismo. Peca de simplista cuando da a entender que los únicos patricios que vale atender son los con plata. Es más, suena "dependentista" en exceso, y eso que el dependentismo como tesis dejó de convencer hace rato[1]. Debe demasiado

[1] Disiente Cristián Barros de esta opinión en su reseña del libro en *El Mercurio*, 21 febrero 2010, p. E 13. A su juicio, la tesis del libro no sería monocausal ("todo haría pensar que Salazar reedita una versión de la teoría de la dependencia en clave foucaultiana, prestando una atención nostálgica y cómplice a los sujetos marginales, y brindando un villano fácil al martirologio popular. Incluso, una lectura epidérmica podría inducir a tacharlo de monocausal. Nada menos cierto. Salazar ha construido un relato complejo, rico en oposiciones; en suma, dialéctico. No hay causalidades simplistas ni maniqueísmos. De hecho, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas...* reivindica parcialmente el rol modernizador del capital extranjero"). Yo insistiría en el punto. La dialéctica, aspecto que Barros concede, es por definición monocausalista. Es más, Salazar admite haber sido fuertemente influido por André Günder Frank, creador de la tesis dependentista; fue su alumno y lo reconoce como uno de sus cuatro principales "maestros", siendo los otros Héctor Herrera Cajas, Mario Góngora y Juan Rivano. Para una visión general del capitalismo en Salazar, véanse los siguientes títulos de su autoría: "El Movimiento Teórico sobre Desarrollo y Dependencia en Chile. 1950-1975" en *Revista Nueva Historia*, Asociación de Historiadores Chilenos en el Reino Unido, University of London, Londres, 1982; *Algunos Aspectos Fundamentales del Desarrollo del Capitalismo en Chile* (Santiago: 2003); y también su otro libro al respecto, *Historia de la Acumulación Capitalista en Chile (Apuntes de Clase), Curso Dictado en el Campo de Prisioneros Políticos Tres Álamos*, *1976* (Santiago: 2003).

www.cepchile.cl

a las erradas interpretaciones de Alberto Edwards, Francisco A. Encina y Mario Góngora que se obsesionaron con la figura de Portales, aunque es mérito indiscutible de Salazar —*chapeau*— haberle agregado este nuevo giro económico al cuento de siempre. Desvaloriza la autonomía de lo político que el marxismo en su versión más heterodoxa (¡cómo olvidar a Gramsci!) terminó por admitir; no todo es economía, no a menos que se quiera uno adscribir a esa fauna neoliberal simplista que materializa todo. Tampoco se conceden cambios, esenciales a veces, en el mismo capitalismo y que explican su capacidad de adaptación y persistencia[2]. En fin, a esta tesis se la puede refutar desde tantos o más ángulos que los múltiples que abre legítimamente a discusión.

Dicho lo anterior, es notable haber escrito un libro de casi 800 páginas (¿quién lo hace en Chile en un solo tomo?); haberle dedicado 34 años a la investigación; haber comprendido directa e indirectamente periodicidades formidables, desde la Colonia a nuestros días; haberles seguido la pista a numerosos comerciantes, sus negocios, nexos coetáneos y generaciones posteriores; haber explicado complejísimas operaciones mercantiles —agotadoramente aburridas, así al menos pueden parecer a algunos lectores— a fin de develar un sistema intrincado, su propósito y blanco.

Y, eso que, alabando este tratamiento titánico de dimensiones no menos monumentales, ni siquiera estaríamos dando cuenta de sus muchos otros méritos más sutiles. Como cuando Salazar pareciera hablar en parábolas; cuando deja a un lado el análisis y simplemente narra; cuando volviendo al pasado pareciera referirse subliminalmente al presente; cuando tipifica y acuña términos; cuando se confirma por lo que es, magistral en su rescate de sujetos en su contexto no sólo real y material, también ideal, filosófico y sociológico. De todos nuestros historiadores, Salazar es el que mejor calza con lo que, en su momento, se denominó y aspiró a ser "historia total". Por último, ¡qué desafío el que ha legado a los historiadores del capitalismo, no de izquierdas, que se atrevan a recoger el guante! *Chapeau* de nuevo[3].

www.cepchile.cl

[2] Véase por ejemplo el libro de Luis Ortega Martínez, *Chile en Ruta al Capitalismo. Cambio, Euforia y Depresión, 1850-1880* (Santiago: 2005). Conste que Luis Ortega es el otro fundador, junto a Salazar, de la Asociación de Historiadores Chilenos en el Reino Unido, y editor de la *Revista Nueva Historia*, influyente medio de renovación historiográfica en el exilio. De más está señalar que las posturas entre Ortega y Salazar en este sentido no son coincidentes.

[3] Hasta aquí el texto reproducido de la reseña del libro titulada "Una Obra Mayor" que hiciera para La Tercera del 29 de noviembre de 2009, p. 91, salvo las notas al pie agregadas y uno que otro ajuste para esta versión. La ampliación restante que sigue a continuación es inédita.

II

Con esta publicación Salazar recapitula una obra maciza, imponente, que abarca una variedad de ángulos y aciertos. Ya antes, su primer libro (*Labradores, Peones y Proletarios* de 1986, entre los hitos historiográficos chilenos más sobresalientes de los últimos treinta años), al centrar su atención en sectores populares silenciados —"masas" marginales a la hacienda, a las ciudades y focos industriales—, propinó un notable doble golpe revisionista. Contra la historiografía clásica porque las miradas políticas "desde arriba" ocultaban una historia más propiamente histórica-representativa, la de un pueblo sufrido y solidario "entre sí" al que se le expropia y exilia del agro tradicional, debiendo vagar tierras e ingeniárselas como puede. Contra también de la vieja escuela sociológica marxista (v. gr. Julio César Jobet, Hernán Ramírez Necochea), no menos prejuiciosa y verticalista, según Salazar, interesada en destacar únicamente al proletariado urbano industrial en desmedro de otros desposeídos. Posteriores trabajos suyos han explicitado, incluso, lo que él percibe como un "proyecto político" auténticamente popular, auto-gestual que, si bien ha sido castigado una y otra vez por las hegemonías dominantes impuestas, se mantiene todavía vivo en sus costumbres, cultura, memoria testimonial, reivindicaciones y praxis rebelde. Justamente, el meollo de su indagación, o mejor dicho, de su rescate histórico.

Lo último, bastante más ambicioso que una mera evocación de un pasado de atropellos, desplazamientos y postergaciones. Al contrario, Salazar a lo que aspira es a elaborar una "Ciencia Histórica Popular" que —como vuelve a reiterar en este nuevo libro— "traiga a la luz todas las fealdades ocultas, todos los fantasmas intersticiales de nuestro pasado y nuestro presente, a fin de que la ciudadanía pueda tener una conciencia histórica más limpia y una memoria cultural más llena de verdad" (p. 12). Otro de sus propósitos es que esta "ciencia del pueblo", en oposición dialéctica a la presión contraria por "alienar" a los grupos desposeídos, rescate y devuelva su "compulsión humanizante" al mundo subalterno, en el fondo, su historicidad intrínseca. De ahí su prolífica obra (una docena de libros en las últimas tres décadas) y las numerosas coincidencias con un conjunto de otros historiadores que se autodenominan la "Nueva Historia Social" (Armando de Ramón, Julio Pinto, María Angélica Illanes, Mario Garcés, Pablo Artaza y otros) es-

parcidos en distintas instituciones académicas y ONG (organizaciones no gubernamentales) en nuestro atomizado espectro universitario. No una escuela "salazarina" propiamente tal, aunque Salazar, por cierto, es su indiscutible punta de lanza en cuanto a producción, impacto de cátedra y visibilidad pública. Digamos que, más bien, una perspectiva crítica compartida, que se ha expresado en algunas obras colectivas, manifiestos, y con una considerable llegada a estudiantes de pedagogía en historia, muchos de cuyos trabajos de título y grado se orientan en esa dirección[4].

¿Una "nueva historia" como, a menudo, se le tilda? Pienso que no por varias razones. Salvo Salazar, quien dispone de estudios formales en filosofía y sociología, amén de intereses profundos en historia económica que datan de antes de su tesis doctoral en Inglaterra en la Universidad de Hull (1984), ninguno de los demás exponentes de esta corriente historiográfica posee una predisposición teórica igual de sólida o cultivada. En eso Salazar pertenecería, más bien, a una generación anterior de cuño estructuralista. Fue ayudante de investigación de Mario Góngora para su trabajo *Origen de los Inquilinos de Chile Central* (1960), y claramente su tesis doctoral (*Labradores, Peones y Proletarios*) debe mucho a la variante analítica británica asociada a *Past & Present*, influyente revista, la versión sajona de los *Annales* franceses y que, desde los años 1950, renovara los estudios sociales en Gran Bretaña, contando entre sus filas a investigadores de la talla y prestigio de Lawrence Stone, Eric Hobsbawm, y E. P. Thompson[5]. Este último, un modelo en varios sentidos. Desde luego, se ha dicho muchas veces que Salazar es su versión o equivalente chileno; las conexiones temáticas y temporales entre *Labradores, Peones y Proletarios* y *The Making of the English Working Class* (1963), el clásico texto de Thompson, son evidentes. También, el hecho de que ambos no hayan renegado enteramente de la "tradición marxista", no al menos para efectos analíticos,

[4] Sobre la obra y propuesta de Salazar, véanse Luis Moulian Emparanza, *Gabriel Salazar: 6 Asedios a la Historia. La Historia desde Abajo (*Santiago: 1999); Sofía Correa Sutil, "Historiografía Chilena de Fin de Siglo" en *Revista Chilena de Humanidades,* Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, Nº 21, Santiago, 2001, pp. 47ss.

[5] Sobre esta escuela, consúltese Jim Sharpe, "Historia desde Abajo", en Peter Burke (editor), *Formas de Hacer Historia* (Madrid: 1994 [1991]); José Andrés-Gallego, *Recreación del Humanismo desde la Historia* (Madrid: 1994); Gertrude Himmelfarb, *The New History and the Old* (Cambridge, Massachusetts: 1987), especialmente el capítulo 4.

aun cuando su propio distanciamiento de la vieja ortodoxia de izquierda procomunista, lo que suele denominarse "Old Left" en el mundo anglo-parlante, es muy anterior a su exilio en Europa; recordemos que Salazar fue militante del MIR en los años 1970[6].

En efecto, no debiera exagerarse esta supuesta única veta teórica, la estructuralista. Ideológicamente hablando, Salazar responde a una trayectoria complejísima con variadísimos componentes tanto externos como locales que hacen de él un caso muy singular. Desde luego, por tradición familiar desciende de un tronco fuertemente católico-conservador; Salazar ha contado, muchas veces, que en su casa paterna se leía el *Diario Ilustrado* y que en la elección de 1964 votó por Frei[7]. Hizo clases en el Colegio de San Ignacio y en la Universidad Católica. Su militancia política más radicalizada es relativamente tardía en comparación con la de muchos de sus contemporáneos generacionales. Es más, últimamente, le ha dado por destacar a figuras socialcristianas y por desempolvar cierto corporativismo atávico, algo añejo —los cabildos y fueros coloniales en tanto depositarios de la "democracia de los *pueblos*"—, temas que hasta ahora sólo parecían preocupar a historiadores de veta ultraconservadora, seguidores de Jaime Eyzaguirre y/o historiadores del derecho, uno que otro abiertamente franquista[8]. Por último, habría que resaltar una línea aun más profunda y persistente: cierta impronta historicista diltheyana, la insistencia aquella que sostiene que los sujetos históricos son clave y que para efectos de entenderlos hay que hacer una historia "desde dentro" conforme a la lógica propia del mismo sujeto en cuestión[9]. Este último, aspecto muy marcado, sos-

[6] María Angélica Illanes, a propósito de la *Historia Contemporánea de Chile* (1999-2002) en cinco tomos, escritos en colaboración con Julio Pinto, ha calificado la perspectiva ideológica de Salazar como "marxismo disidente" toda vez que estaría consciente del peligro "del entronizamiento en el poder de una clase que, a nombre de los trabajadores, se encargaría de hacer la Transición (revolucionaria)"; María Angélica Illanes, "La Nueva Historia de Chile", en *Cuadernos de Historia* , Nº 19, Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades, Departamento de Ciencias Históricas, 1999, p. 266.

[7] Sobre el entorno familiar de Salazar, véase la autobiografía de su padre, Benito Salazar Orellana, *Memorias de un Peón-Gañán (1892-1984)* (Santiago: 2008).

[8] *Cf.* Gabriel Salazar, "La Gesta Profética de Fernando Vives, S.J., y Alberto Hurtado, S.J.: Entre la Espada Teológica y la Justicia Social" en CED, *Patriotas y Ciudadanos* (Santiago, 2003), pp. 125-199; y *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los "Pueblos", Militarismo Ciudadano, Golpismo Oligárquico* (Santiago: 2005).

[9] Véase, por ejemplo, su colección de reflexiones teóricas, *La Historia desde Abajo y desde Dentro* (Santiago: Facultad de Artes, Universidad de Chile, 2003).

pecho que debido, no poco, a la influencia ejercida por Mario Góngora quien, dicho de paso, también tuvo un recorrido ideológico curioso. Una diáspora intelectual la de Góngora, a primera vista accidentada —fue filofalangista, comunista, apoyó y luego renegó de la dictadura militar, hasta terminar siendo un integrista católico furiosamente crítico del neoliberalismo— si no fuera que Góngora no cejó ni varió nunca de su único norte o común denominador que suele devolverlo siempre a cierta consistencia ideológica inamovible: su constante crítica y rechazo, a lo largo de toda su vida de estudioso, para con el liberalismo y sus distintas variantes. Salazar tiene mucho de esa misma tenacidad firme, anti-ilustrada, anti-dieciochesca, en el fondo una suerte de romanticismo incondicional anti-moderno que también se percibe en una persona dura y recalcitrante como Góngora, su antiguo maestro.

En lo que respecta al método de trabajo que emplea, el rastreo exhaustivo de fuentes archivísticas, en sí, no es particularmente novedoso. En eso Salazar se entronca claramente con la vieja tradición positivista decimonónica aunque con dos variantes que cabría destacar. Por un lado, rescata el actuar de sujetos raramente estudiados, lo que antiguamente se denominaba "bajo pueblo", desde fuentes judiciales por ejemplo; y, por el otro, no menos importante, suele recurrir a presentaciones o cuadros emblemáticos, con gran destreza narrativa, que lo aproximan a la escuela de las mentalidades. Un tratamiento, en ese sentido, bastante original de fuentes, frecuentemente con alcances más metafóricos que literales a modo de viñetas ilustrativas capaces de retratar momentos y constantes históricos de manera dramática, ocasionalmente de índole coral, versión brechtiana. Aciertos que uno no está acostumbrado a ver a partir de evidencia positiva (salvo de la mano de esa notable excepción que siempre fue Vicuña Mackenna), dado nuestro sesgo positivista exageradamente ponderado, aséptico y árido, legado de Barros Arana. Su máxima expresión: el notable ensayo "Ser Niño Huacho en la Historia de Chile", pieza obligada en cualquiera antología de historiografía chilena[10]. También, en este nuevo libro, el capítulo primero: "Peones, mercaderes y dictadores: Entierro y desentierro del tesoro mercantil de Juan Antonio Fresno (Santiago de Chile, 1772-1837)".

[10] "Ser Niño Huacho en la Historia de Chile. Siglo XIX", revista *Proposiciones*, Sur Profesionales, N° 19, Santiago, 1990, pp. 55- 83; hay edición en libro publicado el 2006.

Salazar es también conocido por un "estilo" de razonamiento muy suyo, tanto escrito como oral[11]. Exposiciones largas y tendidas, brillantes diría, y con efectos indiscutiblemente carismáticos, que recuerdan cierto asambleísmo muy de los años 60 y 70. De ahí, quizá, con algún grado de populismo, aunque esto último sea, ante todo, un efecto discursivo, cifrado en las "masas", el actor épico protagónico, depositario de una historicidad cómplice, de "compañero" a "compañero" con el público, que ningún otro sujeto puede arrebatarle, no al menos, mientras Salazar habla. Nunca de manera insultante o frontal respecto al supuesto contrincante que comparte la mesa; por lo general, más grave y solemne que irónico; tampoco agrio o resentido aun en las ocasiones en que los motivos pudieran sobrarle (Salazar lo pasó muy mal durante la dictadura). Por el contrario, yo diría que es hasta desapegado, como suponiendo *a priori* que a su discurso se le acepta o no, se comparten sus lógicas o simplemente se está en otra parada y punto. Para nada engreído, engolado, soberbio o burdamente demagógico, sino más bien, como por sobre las circunstancias; como si la Historia, "su historia", hablara a través suyo y por encima del resto. El efecto, obviamente, es un tanto oracular, mesiánico e iluminado y, cuando le resulta, es porque invariablemente así es como el público que lo escucha quiere que sea. No deja de ser impresionante, a veces, simplemente presenciar la sintonía que se produce entre el público y Salazar. De manera más elegante y sobria que histriónica, él es todo un personaje, ciertamente, un orador de primer nivel.

Cuánto de esto se presta para mistificaciones es curiosamente una pregunta con que no se le encara, y eso que su "estilo" da como para pensarlo. La distancia y admiración que genera, quizá, tiende a absolverlo; también, el grado de convicción y solvencia ética con que expone sus puntos de vista. Con todo, algunos argumentos que esgrime son insostenibles. Lo afirmábamos anteriormente al reseñar la tesis principal de este nuevo libro. Ocurre lo mismo cuando argumenta que habría existido un período, un *illo tempore* indefinido, en que campesinos

[11] Salazar es invitado frecuente de foros, mesas redondas, e intervenciones en seminarios, a las que se me suele también convidar para que nos enfrentemos —él tomando el partido por los "de abajo" y, yo, supuestamente, el de los "de arriba"— lo cual, sin embargo, rara vez ocurre, y cuando llega a producirse, es sin sangre. El segundo semestre de 2002, ofrecimos conjuntamente un curso de formación general para estudiantes de pregrado de la Universidad de Chile titulado "Memoria Social, Historia Oficial: Conflictos en Chile", que tuvo más de cuatrocientos alumnos inscritos.

www.cepchile.cl

autónomos ("labradores") vivían con holgura produciendo un excedente significativo, hasta que se crean las haciendas. Estas últimas les arrebatan sus pequeñas propiedades productivas y el otrora "labrador" autosuficiente se vuelve inquilino o vagabundo, comienza a "rodar" tierras o convertirse en un peón-gañán sin Dios ni ley[12]. Una suerte de caída fatal del paraíso convertido en utopía pretérita; en el fondo, como todas las utopías pretéritas, al decir de Karl Mannheim, útiles para terminar confeccionando y esgrimiendo un argumento ultra-conservador. Operación a la que, de nuevo, vuelve Salazar cuando da a entender que existiría un sustrato inmemorial, un sentir soberano popular, de raíces medievales y forales, que habría operado en los cabildos coloniales, manteniéndose después de la Independencia a través de un anhelo latente por una "democracia de los pueblos"[13]. ¿Una "democracia" y una "soberanía" antes y después de que la idea nos llegara de la Revolución Francesa y se le condicionara mediante el liberalismo republicano? En efecto, eso precisamente es lo que Salazar está tratando de diluir y reemplazar por esta otra interpretación. ¿Convincente? Yo, al menos, pienso que no. En ninguno de los casos provee Salazar suficiente prueba al respecto como para desbancar las tesis clásicas, por lo mismo, todavía válidas. Es más, suenan efectivamente a mistificaciones retrospectivas, aunque eso no debiera extrañarnos; los mejores historiadores suelen incurrir, consciente o inconscientemente, en ese tipo de hipérboles.

III

Volviendo a este nuevo texto que nos ofrece, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas,* ¿por qué Salazar, de repente, cruza la trinchera que él mismo ha cavado y sienta sus reales justo en medio del campo enemigo? Su fuerte historicismo, hasta ahora, lo llevaba a asumir sólo aquellos temas y sujetos por los que tenía empatía (*Einfühlung*) social, la única manera —"desde dentro" del fenómeno— que le permitiría llegar a comprender (*Verstehen*). Mi impresión es que ese ángulo Salazar,

[12] Por cierto esta tesis pretende ser una falsificación y alternativa a la clásica tesis de Mario Góngora en *Origen de los Inquilinos de Chile Central* (1960), libro en que él mismo, repito, fuera ayudante de investigación. Sobre mi propia refutación a Salazar en este punto, véase Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, *Historia General de Chile. 3. Amos, Señores y Patricios* (Santiago: 2004), capítulo IV, nota 29, pp. 128-129, 244.

[13] Véase *Construcción de Estado en Chile…* (2005), capítulos II y III.

hace rato, lo agotó. Por mucho que sostenga y crea que es el pueblo el único sujeto auténticamente histórico, después de un rato, el argumento, también la evidencia, comienzan a dar vueltas en banda, se tornan reiterativos de más, y como que sus lectores y oyentes, incluso, pueden hasta adivinar el cuento de antemano. La "Señora Peta", con sus cuatro vacas, su puesto en la feria libre, su ramada convertida en chingana en los extramuros de la ciudad o aldea, con sus siete hijos de cuatro o más gañanes distintos que van y vienen, sus hijas que caen en la prostitución, o ella misma, cambiando de rubro por enésima vez para seguir sobreviviendo ("Ña Peta" es por sobre todo "empresaria", "microempresaria" según el lenguaje un tanto anacrónico al que, a menudo, recurre Salazar), y así, una y otra vez el mismo asunto, tiene un límite. Obviamente estoy exagerando, caricaturizando el argumento, pero no el sentido general, la recurrencia ni tampoco el universo finito, limitado, de posibilidades que abarcan y ofrecen también los archivos judiciales, policiales, etc., en que se basa Salazar y que dan cuenta de las "Ña Petas" de este mundo. Análogamente, *El Chacal de Nahueltoro* pinta una realidad dramática, tremenda, hasta convertir dicha existencia y su reproducción en obra maestra, pero hasta Miguel Littin se dio cuenta que eso no daba para más secuelas. Un *Chacal de Nahueltoro* versión *II, III* y *IV*... son inconcebibles. Pasa lo mismo con el "Canto Nuevo"; llegado un punto, aunque nos encante oír la misma balada, el repertorio, la ambientación, las peñas, y el mismo vinito o chacolí de siempre conducen, a la larga, más temprano que tarde, a un callejón temático sin salida. De repente, ya no es tan "nuevo", *ay sí sí sí / aay sí sí sí, es el mismo canto, el canto de todos, que es mi mismo canto*... Quizá la poesía lo soporte. En el caso de la historia, sin embargo, ésta se termina por convertir en letanía y lamentación autoconmiserativa, más poesía y épica que realidad historiable. De la mano de Salazar —concedo— en bastante más que eso, pero el peligro es real, incluso en un brillante maestro como él.

Por eso, el giro que viene haciendo, de un tiempo a esta parte, es tan lúcido y acertado. Salazar toma el toro por las astas y opta curiosa y paradójicamente por hacer una historia más de corte convencional. Ya ha postulado la historia de "su pueblo", lo ha hecho hablar, le ha recobrado su noble e indiscutible dignidad, ahora viene una segunda gran arremetida frontal contra la historia oficial y tradicional. La historia oculta, esta vez, develando el supuesto retrato verdadero de "Dorian Gray", el que guardamos (me incluyo entre los historiadores aludidos)

www.cepchile.cl

en el sótano, como gráficamente sostiene en el "Prefacio" a este nuevo volumen.

> La *construcción* (dictatorial) del célebre "orden portaliano" (1829-1860) engendró la más nutrida galería de héroes y hombres ejemplares que haya tenido la historia de Chile: los que, alineados como generación fundadora, han permanecido rampantes y apolíneos, por más de un siglo y medio, en el partenón histórico de la nación. En un gesto inmortal por la obra que legaron —para siempre— a todos los chilenos […].
>
> Al considerar ese conjunto desde lejos —que recorta en el horizonte como un Arco de Triunfo— no aparenta ser menos que el pórtico de entrada a la historia oficial de Chile. Pues alude y recuerda el *origen esencial,* solemne, del "alma política" de la nación. El que define su identidad de una vez y para siempre. Contra todo. Contra el avance agreste y tumultuoso de la historia cotidiana y la insolencia de los que traicionan, subversivamente, su "alma nacional" […]. Por eso, el "origen" del orden portaliano ha renacido y renace como el Ave Fénix, una y otra vez, siempre como "origen", nunca como "fin" […].
>
> La repetida esencialización (o monumentalización) de ese "origen" —la que puede rastrearse en la gráfica de los textos escolares, en la cartografía estatuaria de cada Alameda, en la señalética callejera de cada ciudad— plantea, sin embargo, algunas dudas. Problemas de no poco fondo, ya que, al monumentalizar el "origen" del orden portaliano, *deteniendo* el tiempo en la fase constructiva 1829-1860, se anula el proceso histórico posterior. No se asume, por ejemplo, su vida adulta, su madurez. Tampoco su envejecimiento. Ni su esclerotización y muerte. Esencializar —embelleciendo— el origen, equivale a deshistorizar el conjunto, y a *esconder* el retrato realmente histórico de Dorian Gray, con todos sus cambios, deformaciones y fealdades. A fin de cuentas, monumentalizar el "nacimiento" de un determinado orden social produce, *ipso facto*, el ocultamiento de su "muerte" histórica, si la tuvo. Y eso puede ser efecto del triunfalismo ingenuo de los vencedores —con la complicidad ingenua de los vencidos—, o de su maquiavelismo político para ocultar las fealdades reales producidas por su triunfo (pp. 7-8).

Podríamos detenernos largamente en algunos alcances y estrategias deconstructivas con que Salazar pretende llevar a cabo su actual propósito de demolición en este libro. Me llama la atención desde luego que acepte, de plano, la existencia del supuesto "orden portaliano". Por eso se propone contarnos la degradación vital y fin o muerte de este or-

den de cosas, sin reparar en lo obvio, que dicho "orden portaliano" no es más que un constructo historiográfico posterior —fundamentalmente de Edwards Vives, vulgarizado magistralmente por Encina y otros de bastante menor calibre— y, por tanto, se puede estar cayendo en la misma trampa, en las mismas lógicas, que pretenden denunciarse. El contraargumento, pues, que invalidaría el esfuerzo de Salazar ha sido planteado ya varias veces, pero no es ésta la oportunidad de volver a dicho fascinante debate[14]. Lo que importa resaltar, en esta ocasión, es que nuestro autor se adentra, de este modo, justamente en la supuesta lógica vertebral de la historia de Chile. Mario Góngora, como es bien sabido, afirmó ya una vez que ésta, la tesis de Edwards, es la principal tesis interpretativa de nuestro pasado republicano[15]; y por lo visto, Salazar, otrora fiel discípulo de Góngora, se ha creído el cuento para efectos de dilucidar el camino que lo conducirá, también supuestamente, a escribir su eventual epitafio. Vale el propósito, aunque dudo que le resulte. Una cosa es enterrar un muerto de verdad, otra muy distinta es sepultar un fantasma.

Con todo, lo que me interesa destacar es el giro que, aquí, Salazar ha dado. En el fondo, Salazar se ha tirado al río, y traiga o no agua éste, piensa nadar mucho más *con* la corriente que lo que ha estado, hasta ahora, dispuesto a reconocer. Su propósito desmitificador, por tanto, es relativo, nada muy novedoso. De hecho, en varias otras publicaciones anteriores —en *Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas: Santiago de Chile, 1947-1987 (Una Perspectiva Histórico Popular)* (1990) por de pronto— aceptó también la terminología y periodificación "portaliana", cuestión que se le hizo ver en su momento, pero, evidentemente, ha querido seguir insistiendo. Si seguimos con cuidado lo que dice literalmente en su notable prefacio a este nuevo libro, el mensaje es claro. Él asume la línea argumental convencional, con la salvedad, a lo sumo, que nos va a llevar al mismo edificio, pero conduciéndonos detrás de bambalinas, a sus sótanos y buhardillas, hasta que encontremos el retrato fidedigno que registra la cara oculta. De ahí, también, que en otras publicaciones recientes —la producción de Salazar estos últimos años es prodigiosa— se haya adentrado en aspectos

[14] *Cf.* Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, *El Peso de la Noche. Nuestra Frágil Fortaleza Histórica* (Buenos Aires: 1997).

[15] Mario Góngora, *Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX* (Santiago: 1981), p. 13.

y figuras que, en otros momentos, insisto, habría desdeñado de plano. En *Construcción de Estado en Chile (1760-1860): Democracia de "Los Pueblos" Militarismo Ciudadano Golpismo Oligárquico* (2005), se hace cargo de la "construcción de Estado", cuando antes, lo que le interesaba era preferentemente la sociedad civil; enfoca su atención en los militares (concedo que "pipiolos") y en figuras específicas —Ramón Freire— cuando antes sus análisis eran fundamentalmente estructurales, ajenos al papel del sujeto individual, no colectivo, en la historia. Y, por último, en su libro aún más reciente que el que estamos reseñando —*Del Poder Constituyente de Asalariados e Intelectuales (Chile, Siglos XX y XXI)* (2009)— se adentra nada menos que en ángulos jurídicos, es decir en la superestructura misma. Obviamente todo esto obedece a una lógica.

Mi impresión es que responde nada más y nada menos que a confeccionar una "historia general" del Chile contemporáneo, una línea interpretativa, argumental, de largo aliento, de acuerdo a un viejo y probado género que, en Chile, amén de cultores del género, convoca y congrega lectores, actuales y futuros. Si ése es el caso, Salazar no se equivoca. Intentos similares —los de Barros Arana y Encina por nombrar los más destacados y clásicos en nuestra época republicana— han sido clave para ordenar y difundir la historia, a nivel ilustrado, erudito y también general. Cuestión que no se logra escribiendo monografías puntuales, por muy meritorias que sean, si es que lo son. Reitero, Salazar da en el clavo.

El punto es que esta opción le acarrea una insalvable contradicción. Porque, si al final lo que verdaderamente cuentan son estos grandes frescos panorámicos en que volvemos necesariamente a los mismos temas, a las mismas tesis historiográficas de siempre (al mismo cuento "portaliano"), a los mismos personajes, a la misma estructura de poder elitario, a la misma oligarquía y estatuaria todavía en pie en las grandes Alamedas de Chile, ¿en qué queda ese otro proyecto anterior de Salazar? ¿El de los sujetos populares que asaltan la calle y arremeten contra el orden institucional establecido (*Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas: Santiago de Chile, 1947-1987 (Una Perspectiva Histórico Popular)* (1990), el de los microempresarios que trabajan en los márgenes del orden económico (*Ferias Libres: Espacio Residual de Soberanía Ciudadana (Reivindicación Histórica),* 2003), el de la sociedad civil (*La Sociedad Civil Popular del Poniente y Sur de Rancagua,* 2003), en fin, la

historia "desde abajo" y "desde dentro"? ¿Es que no se puede hacer una "historia general" a partir de estos otros sujetos, de esta otra dimensión popular?[16] ¿En qué quedó su proyecto de una Ciencia Histórica Popular? ¿Es que no es posible una "nueva historia" conforme a estos otros derroteros teóricos, alternativos al mundo político y superestructural?

Personalmente, me inclino por pensar que no lo es, y de eso se ha dado cuenta Salazar quien ha terminado por darles la razón a los viejos parámetros historiográficos y a las viejas coordenadas políticas. Por cierto, nuestro autor no lo va a reconocer. De hecho, plantea esta nueva estrategia, en este volumen, orillando el asunto. Se va por el lado económico y pone el acento en el capital extranjero y sus agentes, a lo sumo en el carácter mediador de los sujetos elitarios tradicionales. Los terratenientes, según Salazar, no logran réditos económicos tan altos como los mercaderes, ergo, a la larga, no valen, no "pesan". Estrategia que le permite, a fin de cuentas, ningunearlos. Una vez más, se resiste a aceptar su papel real, político, que explica por qué son tan protagónicos a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. No se hace tampoco cargo del colchón rural que es el que le da potencia más social y eventualmente electoral y política, que económica al Chile oligárquico tradicional. Por el contrario, opta por adentrarse en la minucia contable, en el va y viene del capital mercantil, materia que es de enorme interés para economistas, historiadores económicos, pero que uno se pregunta ¿qué tan crucial si lo político es lo que termina dando sustento, gravitación y solvencia social a sociedades todavía jerárquicas y premodernas, no enteramente capitalistas? Por último, en su afán por no hacerse cargo derechamente del mundo político, pasa por alto la larga bibliografía historiográfica que insiste en que la elite chilena tradicional es siempre una sola, altamente endogámica y oligárquica, no se divide como en otros lugares de Latinoamérica entre productores y exportadores; y, es más, desde muy atrás, desde la Colonia, tiende a diversificar sus intereses, pero siempre en aras de obtener influencia y peso político[17].

[16] Sergio Villalobos Rivera, autor de una *Historia del Pueblo Chileno,* multivolumen, que no pasó más allá del siglo XVII y eso que pretendía llegar a nuestros días, terminó por abandonar su proyecto; según sus propias palabras, a modo de excusa, porque "estas obras demasiado grandes no tienen éxito ahora". *Cf.* Óscar Contardo, "Sergio Villalobos: *Hoy los historiadores no tenemos ninguna importancia*", entrevista en *El Mercurio,* 22 de mayo, 2007.

[17] Una línea argumentativa que, de hecho, proviene, una vez más, de las investigaciones clásicas de Mario Góngora que se remontan a una primera época, a los orígenes

Está por verse cómo va a resolver el entuerto. Salazar es infatigable, está produciendo a un ritmo extraordinario, y, por lo visto, no ha perdido ingenio, inventiva, ni sus magníficas antenas. Un historiador tan provocador, además, augura una vigencia a sus argumentaciones para buen rato. Por tanto, aunque sea desde la trinchera del frente, *chapeau* igual. □

www.cepchile.cl

mismos de la elite terrateniente tradicional, de ahí su carácter estructural y persistente. Sostienen la unidad de la elite tradicional: Mario Góngora en *Encomenderos y Estancieros: Estudios acerca de la Constitución Social Aristocrática de Chile después de la Conquista, 1580-1680* (Santiago: 1971); del mismo autor, "Urban Social Stratification in Colonial Chile" en *Hispanic American Historical Review,* 55, 3, pp. 421-448, August 1975; Arnold J. Bauer, *Chilean Rural Society from the Spanish Conquest to 1930* (Cambridge: 1975), hay trad. *La Sociedad Rural Chilena. Desde la Conquista Española a Nuestros Días* (Santiago: 1994); Luis Barros y Ximena Vergara, *El Modo de Ser Aristocrático: El Caso de la Oligarquía Chilena hacia 1900* (Santiago: 1978); José Bengoa, "Una Hacienda a Fines de Siglo: Las Casas de Quilpué", Proposiciones N° 19, 1990; Sofía Correa Sutil, *Con las Riendas del Poder. La Derecha Chilena en el Siglo XX* (Santiago: 2004); Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, *La Independencia de Chile. Tradición, Modernización y Mito* (Madrid: 1992); Henry Kirsch, *Industrial Development in a Traditional Society. The Conflict of Entrepreneurship and Modernization in Chile* (Gainsville: 1977); Ricardo Lagos Escobar, *La Concentración del Poder Económico. Su Teoría. Realidad Chilena* (Santiago: 1965); Thomas F. O'Brien, Jr., *The Nitrate Industry and Chile's Crucial Transition: 1870-1891* (New York: 1982); María Rosaria Stabili, *El Sentimiento Aristocrático. Elites Chilenas frente al Espejo (1860-1960)* (Santiago: 2003); Maurice Zeitlin y Richard Ratcliff, *Landlords and Capitalists. The Dominant Class of Chile* (New Jersey: 1988).

Gabriel Salazar, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas (Chile, Siglo XIX)* (Santiago: Edit. Sudamericana 2009), 794 páginas.

COMENTARIO AL LIBRO DE GABRIEL SALAZAR *MERCADERES, EMPRESARIOS Y CAPITALISTAS (CHILE, SIGLO XIX)*

Rolf Lüders

El libro *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas* del historiador Gabriel Salazar es el complemento natural de su obra *Labradores, Peones y Proletarios. Formación y Crisis de la Sociedad Popular Chilena del Siglo XIX* (1985). En la última Salazar describe con gran elocuencia las condiciones de trabajo y vida de las clases populares chilenas en el siglo antepasado, que tilda como "el desgarramiento histórico inmisericorde de la clase popular"[1]. En el prólogo al libro acá comentado Salazar se pregunta "cómo un orden político tan célebre, apolíneo y patriótico como el portaliano"[2], al mismo tiempo que tan alabado por las clases dirigentes durante gran parte de nuestra historia, "pudo producir *ese* desgarrador resultado"[3].

La anterior es la pregunta principal que el autor pretende responder en las casi 800 páginas siguientes, en que —más que relacionar las características que en la actualidad se le atribuyen al orden portaliano

Rolf Lüders. Ph. D. Economía, Universidad de Chicago. Profesor titular del Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC). EHClioLab, PUC.

Palabras clave: historia económica; economía; historia.

[1] Salazar (2009), p. 10.
[2] Ibíd.
[3] Ibíd.

con los resultados del quehacer económico para las diferentes clases sociales del país— relata una serie de historias, varias de ellas extraordinariamente interesantes, que sugieren las nefastas consecuencias del desmedido afán de lucro del empresariado, especialmente del local pero también del foráneo, sobre el desarrollo de la economía y, en particular, para los artesanos y otros pequeños empresarios.

El libro es una historia económica del siglo XIX. Evidentemente es una historia incompleta, como lo son en estricto rigor todas las historias. En este caso el relato se centra en el desarrollo de las grandes empresas y los empresarios, pero sin descuidar las interrelaciones con otros actores: los empresarios pequeños, las autoridades de gobierno y los trabajadores.

La aproximación de Gabriel Salazar a la historia económica es, naturalmente, muy distinta a la de un economista. No explicita el "modelo" económico que subyace en los juicios que emite —y vaya que éstos son fuertes, como quedará en evidencia a lo largo de este comentario— y, en general, no pretende medir el fenómeno económico. En efecto, su tesis y sus opiniones generalmente no concuerdan con los datos agregados existentes para el período que estudia.

En especial, en el siglo XIX la economía chilena creció a una tasa mayor que la del resto del mundo, mayor que la de EE.UU. y mayor que la de cualquier otro conglomerado de países. Al mismo tiempo y a partir de 1850, desde cuando se obtienen los primeros datos que permiten hacer estimaciones al respecto, la pobreza parece haber disminuido espectacular y constantemente, hecho que es coherente con la tasa de crecimiento económico relativamente elevada, pero contradice el cuadro que nos pinta Salazar en su libro. El anterior resultado se obtuvo a pesar de que la distribución del ingreso se hizo más desigual, fenómeno que es coherente con la experiencia histórica de otros países cuando alcanzaron los niveles de ingreso per cápita que Chile tuvo entonces[4].

En las próximas secciones se describirá la obra de Salazar, se hará un breve análisis de las diferencias metodológicas entre historiadores y economistas y se inspeccionará la información relevante disponible, se analizarán algunos pasajes escogidos del libro y se concluirá.

[4] Prados (2005)

1. Estructura y contenido del libro

Mercaderes, Empresarios y Capitalistas describe —en siete capítulos— ciertos procesos y/o episodios históricos que el autor considera claves, pero que no necesariamente se suceden uno al otro en el tiempo. En general, hay superposición entre ellos y en un caso incluso uno de los procesos se desarrolla íntegramente dentro de un subperíodo de otro.

El *primer capítulo*, que es absolutamente fascinante, se refiere al entierro y desentierro del tesoro mercantil de Juan Antonio Fresno y busca relatar el ambiente existente en los alrededores de Santiago entre 1772-1837. Pinta un cuadro en que deja en evidencia los valores de los empresarios de la época como de la clase dirigente en general (caballeros, dispuestos a pagar por pertenecer al círculo dirigente), el pésimo trato (abuso) que recibían los trabajadores (peones), las aparentemente enormes rentabilidades del capital (éste se triplicaba cada tres años), el gran diferencial de rentabilidad entre las actividades comerciales y las "productivas", y la inseguridad existente. Salazar refiere a la escasez de dinero, que atribuye al atesoramiento que hacían del mismo los capitalistas, que literalmente enterraban el dinero y las joyas para evitar que se los robaran y/o que el Estado se los confiscara directa o indirectamente. Concluye Salazar: "Fue este pavor (se refiere al pavor político producido por el militarismo patriota y el desorden público) que despertó en ellos el nervioso afán por construir un sistema político de *seguridad nacional* para proteger sus actividades comerciales y sus respectivos tesoros. Sería el pensamiento base y la obra política del mercader Diego Portales"[5].

El *segundo capítulo* relata la transformación económica de Chile después de 1810, en que el país se abre al intercambio internacional. Para ello describe, con gran lujo de detalles, la institución de los *consignees* (consignatarios) y su evolución hacia subsidiarias de casas comerciales extranjeras y empresas exportadoras de minerales, desplazando en estas funciones a los agentes locales. En particular, sugiere, sin expresarlo, que: (a) las empresas inglesas vaciaron sobre América Latina los bienes que no podían colocar en sus mercados tradicionales, (b) para hacerlo negociaron acceso de mercado con las autoridades nacionales logrando su objetivo a menudo bajo presión, y (c) las negociaciones se

[5] Salazar (2009), p. 53.

hicieron con el apoyo de la Royal Navy, estacionada frente a nuestras costas. Salazar hace referencia al fracaso de varias iniciativas manufactureras —generalmente locales— que sucumbieron frente a la competencia extranjera. Destaca que "gobernantes como Bernardo O'Higgins, Agustín de Eyzaguirre, Diego Portales o Manuel Montt […] no sólo permitieron, sino que alentaron y aún protegieron a los comerciantes extranjeros en desmedro de los intereses estratégicos del país"[6].

En general, a pesar de la forma en que Salazar presenta la información en este capítulo, pareciera que existió entre nacionales y extranjeros un ambiente muy favorable a una política económica liberal. Ya en 1821 se formó "una Comisión *mixta* para el reestudio del Reglamento de Libre Comercio"[7], comisión que trató "de conciliar las ventajas del comercio y menores trabas del comerciante con el cobro proporcionado […] de los derechos que exige el sostén de la República"[8]. El mismo Salazar señala que en aquella época "todos los mercaderes concordaron —chilenos y extranjeros— en que el principio que los regía de modo supremo era el 'liberalismo'"[9]. Agrega: "los gobernantes criollos […] no pudieron menos que asumir el discurso librecambista […] evidente durante la dictadura de Bernardo O'Higgins, dudosa durante los gobiernos liberales, se volvió franca e institucional desde que se instaló el régimen portaliano"[10]. En efecto, durante los años 1930 y posteriores se firmaron tratados de libre comercio con EE.UU. e Inglaterra.

Salazar termina ese capítulo citando un escrito que un comerciante importante —José de Trucíos— envió en 1819 al Senado de la República, en que denuncia la forma en que los extranjeros, ingleses y norteamericanos llevaron el país al librecambismo y estarían arruinando a los agentes económicos locales. No obstante, la evidencia anterior sugiere que la visión de Trucíos fue más bien la excepción.

El *tercer capítulo* se refiere al problema de la escasez de dinero en Chile en el período 1810-1846, que Salazar atribuye al "intercambio desigual", que se tradujo en la exportación de metal y —sostiene— la consiguiente "contracción y sequía" del sistema monetario. Es un capítulo lleno de estadísticas sobre comercio y dinero, que sin una teoría

[6] Ibíd., p. 133.
[7] Ibíd., p. 145.
[8] Ibíd.
[9] Ibíd., pp. 146-147.
[10] Ibíd., p. 155.

para respaldar el análisis, carece de interés. Sus conclusiones —que "la sequía monetaria afectaba principalmente a los productores del mercado interno que no exportaban su producción y a la clase asalariada en general"[11]— no tienen sustento alguno en el texto. El problema de la escasez de monedas divisionarias, que es de interés, será analizado más adelante.

El *cuarto capítulo*, que abarca gran parte del libro y cubre el período 1823-1885, relata el conflicto que —según Salazar— se produjo entre los micro-empresarios y el patriciado mercantil y que terminó por aniquilar a los primeros. Entre 1843 y 1910 alrededor de 250.000 peones emigraron del núcleo central del país en búsqueda de mejores oportunidades. Otros pobres, sin embargo, optaron por crear empresas y generaron el primer proceso industrial del país. Se trataba, en realidad, de actividades artesanales, que utilizaban tecnologías localmente desarrolladas. Salazar sostiene —basado en cifras de importaciones de maquinaria— que las políticas librecambistas, impulsadas por los extranjeros y los mercaderes locales asociados a los anteriores, alentaron la importación de bienes y las actividades industriales basadas en tecnologías modernas, especialmente después de los años 1860[12]. Es esta moderna industrialización basada en maquinarias de alta tecnología la que habría destruido a las actividades artesanales, transformando a los maestros en operarios de las nuevas industrias. El fenómeno del estancamiento artesanal fue efectivo: según los datos proporcionados por Salazar, en 1854 el 26,5 por ciento de la clase trabajadora popular estuvo constituida por artesanos, en 1875 este porcentaje cayó a 16,1 por ciento.

El mismo capítulo relata detalladamente y en forma plausible la interesante historia del *affair* del estanco del tabaco otorgado a Portales, Cea y Cía. Antes de la concesión del estanco a la mencionada empresa y mientras estuvieron en discusión los términos del contrato, algunos presionaron por lo que Salazar llama una solución "productivista", favorecida por el presidente Ramón Freire, que otorgaba el estanco de la importación de tabaco, pero permitía la libre producción, manufactura y comercialización del cultivo interno del tabaco, a la sazón en manos de un gran número de pequeños productores. Otros, entre ellos los futuros

[11] Ibíd., p. 208.

[12] Salazar destaca que en otros países se produjo en vez una alianza entre los artesanos locales y los mercaderes. En cambio en Chile se produjo un divorcio entre estos dos tipos de agentes, que eventualmente condujo a la destrucción de los primeros.

estanqueros, sostenían que el negocio solamente podía rentar lo que exigía el fisco, si el estanco controlaba todo el negocio (importaciones, producción y manufactura interna, comercialización) y el Estado ponía a disposición del estanco los medios para hacer respetar los derechos correspondientes. Salazar sostiene que el Presidente Freire finalmente fue inducido a firmar el contrato que satisfacía a Portales, Cea y Cía. No obstante lo anterior, esta empresa no fue capaz de controlar a los pequeños productores y manufactureros de tabaco, que se rebelaron masivamente contra las disposiciones del estanco, y tampoco a los contrabandistas extranjeros. Como resultado el negocio produjo pérdidas y dos años después de iniciar sus operaciones se declaró en quiebra. Ése, sin embargo, nos es el final de la historia: los cigarreros locales igual desaparecieron durante la operación de los "estanqueros de recambio", Eyzaguirre Hermanos y Cía. Éstos recibieron la concesión durante la "dictadura de Portales"[13], pero más adelante no fueron capaces de competir con una empresa mercantil extranjera que, según Salazar, hacia fines del siglo terminó monopolizando la fabricación de cigarrillos, ahogando las plantaciones nacionales y destruyendo a los "cigarreros".

En otras dos secciones del capítulo cuarto Salazar describe extensamente acciones entabladas por las autoridades para sanear urbanamente secciones de Santiago y otras zonas urbanas. Estas acciones, sin duda, afectaron principalmente a los sectores más populares y en particular al artesanado. No obstante lo anterior, no presenta evidencia convincente que sugiera que el saneamiento descrito —tal como regulaciones que se dictaron con el mismo fin— se hiciera con la finalidad de perjudicar al artesanado en beneficio de la clase mercantil o de la moderna industria. Más adelante se refiere a las "cadenas" del sistema, la guardia cívica y las patentes, ambas usadas por las autoridades —según el autor— como armas en la supuesta "guerra" entre los intereses mercantiles y el artesanado. Es cierto que de pasada se refiere a la importancia que le daba la clase mercantil al respeto por los derechos de propiedad y el orden público. Pero también es cierto que el servicio en la guardia civil era obligatorio para las clases de ingresos más bajos, que según Salazar percibían a la guardia como un instrumento de represión, en cambio las clases más pudientes lo evitaban. Tampoco cabe la menor duda que la reforma al régimen de patentes en los años 1860 —que

[13] Salazar (2009), p. 296.

pretendió igualar el tratamiento para todo tipo de empresas— perjudicó relativamente a los artesanos y lo hizo en un momento en que el sector ya estaba en dificultades.

Finalmente, en este cuarto capítulo, Salazar analiza el surgimiento y las ideas del proyecto que denomina "social-productivista", asociado en sus comienzos al artesanado y a la figura de Ramón Freire. Los "social-productivistas" partían de la base de un campesinado y un artesanado pobres, de "monopolistas chilenos acumulando su fortuna a costa de la miseria general, pero subordinados a los mercaderes extranjeros y, por tanto, a la necesidad de *proteger* las actividades productivas del país"[14]. Más tarde la Sociedad Chilena de Minería, formada en 1844, también se identifica con los intereses productivos, a pesar del origen patricio de sus miembros. En particular, Pedro Félix Vicuña, socio de la mencionada sociedad, impulsor capitalista del "social-productivismo" y redactor de *El Minero Nacional*, se declaró partidario de no hacer caridad, pero en vez fomentar la producción, y a partir de allí desarrolla una serie de ideas que sugieren la conveniencia de industrializar el país y de terminar con la "aristocracia del dinero", que Salazar recoge ampliamente. Tanto así que este último privilegia las ideas de Vicuña por sobre las de Francisco Bilbao, Antonio Arcos y Victorino Lastarria, a quienes cataloga como "grandes precursores del pensamiento socialista o revolucionario en Chile" y cuyas ideas centrales —a veces más radicales que las de Vicuña— también describe en el libro[15].

En todo caso, reconoce Salazar que alrededor de 1850 el artesanado no contaba con un programa alternativo al liberal existente. Es entonces Fermín Vivaceta Rupio quien propuso "mejorar la condición de los trabajadores mediante sus propios recursos" y sugiere hacerlo desde el mutualismo. Ello le habría permitido al "social-productivismo" mantenerse vivo, hasta que 50 años después Luis Emilio Recabarren "transfigura" al socialismo las ideas que surgieron en los años 1820. Paralelamente, nos dice Salazar, "por encima de ese proceso (doméstico) campeaba, blandiendo a diestra y siniestra, impertérrito, su autoritarismo (pelucón primero y liberal después) el Estado que el patriciado mercantil había impuesto en 1830. No era ese un Estado de paz, sino uno de guerra, como apuntó el historiador Góngora. Hacía noticia. Intervenía, era injusto, prepotente, se hacía sentir […] Controlaba sin disputa el

[14] Ibíd., p. 397.
[15] Ibíd., pp. 414 y siguientes.

cofre de los tesoros públicos y privados, y por esto, administraba la desigualdad y la injusticia"[16].

El *quinto capítulo* caracteriza brevemente el desarrollo del patriciado mercantil en América Latina y en Perú y Chile, en particular. En unas pocas páginas resume también el tratamiento que se les dio a los pueblos indígenas. Concluye que, junto con el proceso liberalizador, este patriciado mercantil —en cierto modo protegido durante la colonia— debió adaptarse a las condiciones imperantes en mercados competitivos abiertos internacionalmente. Su tesis es que —al revés de lo que sucedió en el caso de Inglaterra— los mercaderes chilenos no fueron capaces de generar una economía dinámica en que todos —productores e intermediarios, capitalistas y trabajadores— prosperaran. En cambio lo que sucedió —según Salazar— es que los mercaderes chilenos "atrapados" entre los *consignees* extranjeros y los productores, sin poder frente a los primeros, optaron por extraerles rentas a los productores y lo hicieron a tal punto que los "ahogaron", con todas las consecuencias que eso tuvo para los ingresos y empleos de los trabajadores. Escribe: "La parálisis no pudo sino concluir en la aguda crisis social y en la politización de los actores sociales vinculados a la producción para el mercado doméstico, que terminaron, hacia 1910, uniéndose para luchar, no tanto contra el capital extranjero instalado en el país, sino contra la oligarquía criolla (el viejo patriciado, ahora embotellado y decadente) que no halló en el mercado mundial lo que tampoco había encontrado en el mercado virreinal: su propia transformación en burguesía capitalista"[17].

El cuerpo del capítulo lo dedica Salazar a analizar diversas formas que utilizaron los mercaderes chilenos para extraer las rentas de productores y trabajadores. Destaca la habilitación de inquilinos (se inició con cobro de arriendo por tierras, que se tornaron expropiadores), la habilitación de labradores (avances en dinero contra entrega de productos y con castigos en caso de no cumplimiento), habilitación de pirquineros (ídem a la anterior, entre otras), el monopolio del crédito público y los mecanismos de extracción monetaria (que iban desde el préstamo realizado por un mercader a tasas "usureras" financiado con

[16] Ibíd., p. 444. En materia política, Salazar relaciona, por supuesto, al "social-productivismo" con Ramón Freire y con la democracia liberal (los pipiolos) y al régimen imperante durante la mayor parte del siglo XIX, con Diego Portales y los pelucones (conservadores y luego liberales).

[17] Salazar (2009), p. 503.

la hipoteca de una propiedad en alguna institución de crédito "oficial", hasta la "creación" de dinero en base a "fichas" y más adelante, en la época de la banca libre, por intermedio de la emisión de dinero). El relato de estos casos sugiere —al referirse a ejemplos concretos— el carácter normalmente abusivo de estas prácticas y concluye: "El conjunto de estos mecanismos operó como un poder "fáctico", no-constitucional, que retrasó por *un siglo* la aparición de un sistema bancario y una tasa de interés regulada; por casi *dos siglos* la aparición de una legislación social capaz de neutralizar el sesgo esclavizante de la plusvalía total, y que suspendió a *plazo indefinido* la consolidación de un verdadero 'empresariado industrial' en el país".

El *capítulo seis* analiza el evidente proceso de industrialización chileno a partir de mediados del XIX, promovido en parte importante por mercaderes extranjeros. Corresponde a la evolución natural de las actividades de las casas mercantiles extranjeras, facilitada por el artesanado existente, y se caracterizó por ser diversificada y pujante. Hacia 1885 se instalaron incluso industrias productoras de bienes de capital. Salazar sostiene que esta industrialización se basó, inicial y principalmente, en la importación de maquinaria extranjera (el principal negocio de los mercaderes extranjeros). Agrega que "el aprovisionamiento comercial de maquinaria devino en el talón de Aquiles del movimiento industrial chileno, pues […] erosionó letalmente la rama de Fundiciones & Ingeniería, motor central del desarrollo industrial"[18]. Este capítulo presenta también un interesante y detallado relato del desarrollo de cuatro ramas industriales en Chile: vestuario y confección, madera y muebles, imprenta y papeles, y fundiciones metal-mecánicas.

Finalmente, en el *séptimo capítulo* Salazar analiza la relación entre el conglomerado extranjero y la oligarquía nacional. Sostiene que a raíz de la crisis de 1824-1825, que indujo a las empresas inglesas a intensificar su esfuerzo exportador, éstas reemplazaron los *consignees* por *subsidiary houses*, lo que generó la oportunidad a los empresarios nacionales de producir bienes exportables, sobre todo agrícolas y mineros, para ser comercializados por estos mercaderes extranjeros. Afirma que "A comienzos del siglo XX el conglomerado capitalista extranjero constituía, de hecho, el verdadero motor del capitalismo chileno, y sus socios residentes, la verdadera burguesía modernizadora del país"[19].

[18] Ibíd., p. 669.
[19] Ibíd., p. 674.

Agrega que los capitales de estas empresas extranjeras "en una medida importante, se formaron teniendo como base las utilidades obtenidas dentro del país"[20].

En este último capítulo Salazar describe también el auge y ocaso de los *merchant bankers* chilenos. Si Salazar describe las operaciones del conglomerado extranjero basado en la descripción de las operaciones de varias de las más importantes *subsidiary houses*, caracteriza a los *merchant bankers* chilenos centrándose en la trayectoria del grupo Edwards. No obstante lo anterior, pasa también rápida revista al caso de otras familias, haciendo notar que en general su rol empresario no ha perdurado en el tiempo. Atribuye esta decadencia a que los empresarios nacionales privilegiaron "la banca y las especulaciones financiaras y políticas" por sobre la "producción manufacturera-industrial y la comercialización externa", inclinándose por "la vida opulenta y la degustación plena de su elitismo"[21]. Otra característica de los *merchant bankers* chilenos que destaca y describe Salazar en este capítulo es el constante acoso que éstos hicieron sobre el Estado. Se refiere explícitamente a "los constantes pedidos de prórroga del pago de deudas con instituciones oficiales (Casa de Moneda, Aduana), pedidos de autorización de instalación de muelles propios en desmedro de los oficiales y del uso de trabajadores del Gremio de Jornaleros, simulación o elusión de las normas legales de la emisión de billetes, solicitudes de suspensión de la ley para no pagar impuestos o facilitar el comercio de importación o exportación, solicitando préstamos en oro y/o libras esterlinas con cargo a los empréstitos externos gestionados por el gobierno y a devolverse en moneda nacional, y gestionando préstamos al Estado (en billetes de banco) a ser reembolsados por él en Londres (en oro y/o libras esterlinas)"[22].

El libro termina con una breve revisión del juicio crítico que hicieran algunos historiadores, economistas y empresarios, principalmente extranjeros, sobre la economía chilena durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX. Naturalmente dichos juicios coinciden con la posición del autor en la existencia de una burguesía que no invirtió lo necesario y en la falta de una adecuada política monetaria y de industrialización. El autor concluye responsabilizando —en último término— al ideario portaliano de tales falencias.

---

[20] Ibíd., p. 694.
[21] Ibíd., p. 747.
[22] Ibíd., pp. 748 y siguientes.

2. Metodologías y hechos: ¿fue realmente tan malo el comportamiento económico de Chile en el siglo XIX?

El comentario sobre el libro de Gabriel Salazar requiere una reflexión, aunque sólo sea muy breve, de carácter metodológico, dado que el libro fue escrito por un historiador y lo comenta un economista, pero sobre todo porque las percepciones de uno y otro difieren.

En la actualidad en ambas disciplinas el investigador debe plantear una tesis. El historiador podrá preguntarse, como lo hizo Salazar, cómo un orden político tan célebre, apolíneo y patriótico como el portaliano, al mismo tiempo que tan alabado por las clases dirigentes durante gran parte de nuestra historia, pudo producir un resultado económico y social tan desgarrador como el que se observó a comienzos del siglo XX en Chile y puede luego sostener que fue consecuencia del régimen portaliano. El economista, en cambio, tenderá a plantear su tesis en base a la teoría económica y con una fuerte carga causal. Por ejemplo, sostendrá que la tasa de inflación que se observa en Chile a partir de 1878 y hasta 1925 se originó en el importante déficit fiscal financiado con emisiones.

El historiador, habiendo articulado su tesis, acopia hechos que, en principio, puede clasificar en aquellos que soportan su tesis y en otros que rechazan cualquier conjetura alternativa[23]. Una característica del trabajo histórico es el uso de datos obtenidos de fuentes primarias. Recopilados los hechos, el historiador debe hacer el relato más convincente posible. Como norma no hay una "prueba" rigurosa, en el sentido en que se hace en las ciencias exactas, sino el trabajo será juzgado por sus pares en base a la calidad, profundidad y cobertura de los datos y hechos aportados y por la forma —más o menos convincente— de relatar la historia.

El economista, en cambio, al hacer historia económica formulará un modelo, generalmente de carácter algebraico, en que relaciona las variables pertinentes en base a la teoría económica. Con ello se logra hacer en cada caso una proposición lógica, formal y rigurosa, que luego se puede someter a una prueba estadística. En el caso de la inflación, podría ser por ejemplo que (1) $\prod=\mu+v-\rho$, es decir, la inflación es igual

[23] Podría también tener hechos contundentes que refutan su tesis. En la práctica ello rara vez ocurre, dado que generalmente el investigador —historiador o economista— acopia los datos antes de formular su tesis en forma precisa.

a la tasa de emisión de dinero más el cambio relativo en la velocidad de circulación del dinero y menos la tasa de crecimiento del ingreso, y (2) (T-G)/M=μ, es decir, que el déficit fiscal —impuestos menos gasto público— como porcentaje de la cantidad de dinero es igual a la tasa de emisión. Luego, utilizando series de datos de inflación, emisión, velocidad de circulación del dinero, tasa de crecimiento del ingreso, impuestos y gasto fiscal, que generalmente provienen de fuentes secundarias, se verifica si la tesis no es rechazada estadísticamente. Si no lo es, se tiene una buena explicación del fenómeno.

Por lo anterior, la tendencia natural del economista es someter cualquier juicio a un test estadístico. Por ejemplo, ¿fue tan desastroso el comportamiento de la economía chilena en el siglo XIX como sostiene Salazar? Si no fuera así, se invalida su tesis. Nadie discute que a fines de ese siglo hubo mucha pobreza en el país —por algo es la época en que surgió la "cuestión social"—, pero eso no significa que el sistema haya sido inadecuado. Por ejemplo, un sistema alternativo podría haber dado aun peores resultados.

Una manera útil de evaluar el comportamiento económico de un país es compararlo con el de otros. Es eso lo que hizo Lüders (1998), en que no sólo comparó la evolución del PIB per cápita de Chile con el de otros países individualmente, sino que —utilizando análisis determinante aplicado al comportamiento de tres variables simultáneamente (PIB per cápita, exportaciones a PIB, y tasa de inflación)— verificó que el comportamiento económico de Chile en *los sub-períodos* identificados fue estadísticamente distinto —en algunos "mejor" y en otros "peor"— a pesar de que para todo el período 1810-1995 no resultó serlo.

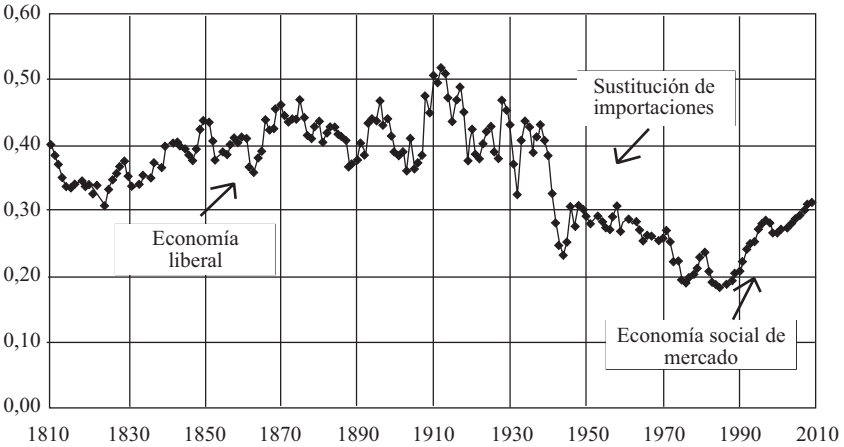
Acá simplemente rescatamos la comparación del PIB per cápita de Chile con aquel de EE.UU. en un gráfico actualizado (Gráfico Nº 1). Un resultado similar se obtiene en una comparación del PIB per cápita de Chile con el del "resto del mundo" o el agregado de una muestra de países de Europa o incluso de América Latina[24].

Es evidente que la tendencia del crecimiento económico de Chile en el siglo XIX y hasta 1910 fue al menos satisfactorio, considerando que —si algo— el PIB per cápita de tendencia de Chile creció a una tasa mayor que el de los EE.UU.

¿Podría haber crecido más con una política de fomento a la industrialización como la que sugiere Salazar en su libro? La teoría dice

[24] Lüders (1998).

GRÁFICO Nº 1: PIB POR PERSONA DE CHILE EN RELACIÓN CON EL DE LOS EE.UU.
(Porcentajes)



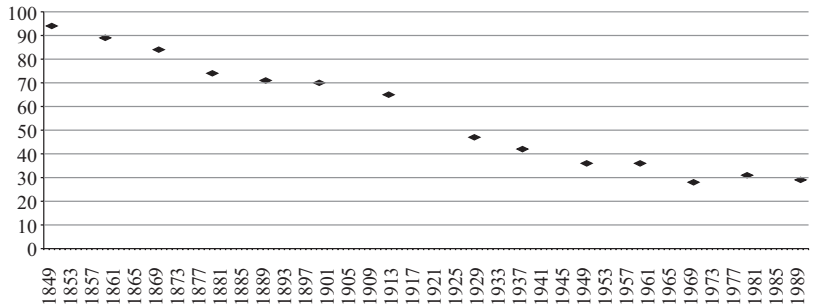
Fuente: J. Díaz, R. Lüders y G. Wagner, *La República en Cifras*, 2010. EH Clio Lab-Iniciativa Científica Milenio. URL: http://www.economia.puc.cl/cliolab.

lo contrario, dado que se estarían mal asignando los recursos. Y la experiencia chilena es lapidaria. Cuando se aplicó una política de sustitución de importaciones, y tal como lo muestra el Gráfico Nº 1, el PIB per cápita de Chile creció mucho menos que el de los EE.UU.

Pero ¿no habrá aumentado la pobreza? La evidencia tentativa que se muestra en el Gráfico Nº 2 —en adelante con datos de 1850 de Leandro Prados de la Escosura— sugiere lo contrario. La pobreza en Chile ha caído en forma persistente, lo que es —desde el punto de vista teórico— coherente con un país que crece en forma relativamente rápida en lo económico.

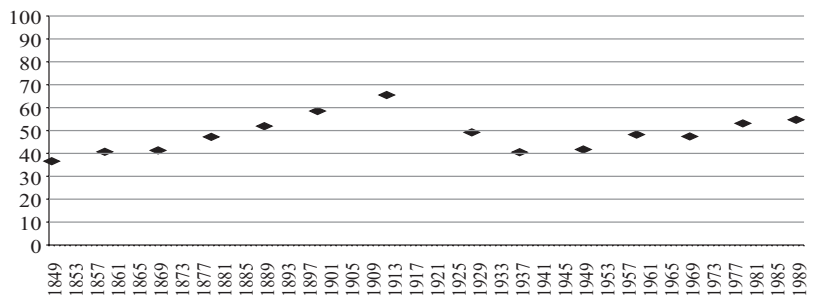
Si el país tuvo una evolución satisfactoria del PIB per cápita y una rápida reducción de los niveles de riqueza, ¿cómo explicar entonces el descontento social existente a fines del siglo XIX y comienzos del XX? Una posible explicación es la desigual distribución del ingreso (ver Gráfico Nº 3). Medidos por el coeficiente de Gini, los niveles de desigualdad de ingresos en el período de entreguerras llegaron a su máximo histórico. Esto es coherente con un nivel de ingreso promedio creciente y salarios reales estancados o incluso decrecientes, ambos observados en Chile durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del siglo XX.

GRÁFICO Nº 2: CHILE: PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN CHILENA DEBAJO DE LA LÍNEA DE POBREZA



Fuente: L. Prados (2005).

GRÁFICO Nº 3: CHILE: DISTRIBUCIÓN DEL INGRESO (Coeficiente de Gini)



Fuente: L. Prados (2005).

Como conclusión de esta parte, la evidencia empírica más sistemática no parece avalar los juicios de Gabriel Salazar. Al contrario de lo que este último sostiene implícitamente en su libro, en el siglo XIX Chile creció a una tasa razonable y la reducción de la pobreza fue significativa —es decir, se produjo una mejora generalizada de bienestar— a pesar de que la distribución del ingreso se hizo más desigual. Es posible —pero no probable— que otra política económica distinta a la de una economía de mercado abierta al comercio internacional podría haber

dado mejores resultados. De ser así, la misma evidencia empírica chilena sugiere que en ningún caso tal política habría sido el proteccionismo y la industrialización forzada.

Algunos comentarios específicos

El libro de Salazar representa un esfuerzo notable de acumulación de antecedentes, de ordenamiento de los mismos y de articulación de una interpretación histórica de la experiencia que representan. La información que contiene el libro es además muy útil para futuras investigaciones. Aunque en algunas secciones hay quizás datos superfluos, innecesarios para el trabajo de interpretación que se hace en el texto. Esto sucede por ejemplo en el capítulo III, sección 2. El libro contiene también una serie de "cuentos", relatos o episodios interesantísimos, ya señalados en una sección anterior del comentario y, para el lector no profesional, tienen la virtud de estar bien escritos y ser de lectura fácil.

A medida que se avanza en la lectura del libro se tiene la sensación de que éste fue escrito a partir de un marco conceptual y valórico no explicitado y mucho menos analizado, que sin embargo pudo haber sesgado los resultados de la investigación. En particular, pareciera que para el autor, por ejemplo, (1) el librecambismo es malo y la industrialización es buena, y (2) los mercaderes son malos y los artesanos son buenos[25]. Algo así como "the good guys against the bad guys". La historia entonces se teje en torno a estos valores, pudiendo haber sido mucho más fructífero para el objetivo declarado de la obra, destacar las fuerzas o variables económicas que pueden explicar el comportamiento económico observado. Por ejemplo, el autor inserta en la página 75 un párrafo que no puede sino reflejar su opinión y que se entrega sin el necesario respaldo de hechos. Dice: "El oro mercantil no era más que oro robado. Robado ayer, hoy, mañana, todos los días. En su origen productivo, en su traspaso comercial, en su atesoramiento final. Al punto que ya no parecía metal, sino robo permanente. Cubierto por la endémica miseria de todos los que le codiciaban y tocaban."

[25] Salazar es igualmente tajante en sus opiniones políticas, que expresa con gran fuerza en el libro, sin dejar lugar a dudas sobre sus simpatías. Por ejemplo, no habla del gobierno de O'Higgins sino de la dictadura de O'Higgins. También se refiere a la dictadura mercantil o a la dictadura de Portales. Véase p. 280.

El libro no es completo, en el sentido que ignora para todos los efectos prácticos —o los trata en forma muy indirecta— episodios absolutamente claves de la historia económica de Chile en el siglo XIX. Resalta en especial la falta de al menos una sección sobre la Guerra del Pacífico y la anexión de los territorios calicheros. La riqueza del salitre tuvo efectos profundos en nuestra sociedad. Acentuó el carácter "rentista" del chileno, cambió marcadamente la estructura productiva del país, contribuyó a exacerbar los problemas sociales ya existentes, y produjo "enfermedad holandesa". Es posible argumentar que esta última a su vez generó las presiones proteccionistas que explican el declive relativo de la economía chilena después de 1910.

Hay varias partes del libro que requieren —y en que se hace— un análisis técnico-económico. No obstante, queda en evidencia que el autor —un historiador— no posee, ni tiene por qué poseer, las competencias necesarias. Describiremos acá sólo algunos ejemplos:

(1) *El caso de la escasez de dinero*, que es representativo del tipo de análisis monetario que se hace en el texto. El autor sostiene que mientras más dinero atesoraban los mercaderes, menos dinero metálico había para circulación interna[26]. Esto no fue cierto en el caso del sistema monetario bi-metálico chileno, dado que la escasez inicial de metálico por acaparamiento redujo marginalmente los precios de los productos y servicios en Chile, y entonces se importó menos y se exportó más, y la diferencia la pagaron los extranjeros en metálico. Mediante este proceso la oferta de metálico (dinero) se ajustó a su demanda[27]. En realidad el problema en esos años fue la escasez de monedas de plata —que eran las divisionarias que se utilizaban para las transacciones diarias— y dicha escasez se produjo porque Chile tuvo un sistema monetario bi-metálico. Eso obligó a fijar una relación de precios del oro y la plata en las monedas y cuando cambiaba el precio del oro expresado en plata en el mercado, se generaban los incentivos para exportar, ya sea oro o plata.

(2) El caso de los pasajes del libro en que se habla de *rentabilidades, tasas de interés, etc*. En la página 679 del libro, Salazar expresa:

[26] Salazar (2009), p. 46.

[27] En el libro Salazar, al referirse al atesoramiento de metálico por parte de los pudientes en sus casas, sostiene que "rodeadas —las casas— en sus cuatro costados por una sociedad empobrecida y a la vez enardecida, precisamente por la escasez monetaria que esas casas generaban en ella". Como el atesoramiento de metálico en esos años no podía generar escasez de metálico excepto muy transitoriamente, la causa del empobrecimiento mencionada hay que buscarla por otro lado.

"Las *ventas* anuales de acuerdo a la sucinta información que hay al respecto, solían ser equivalentes al capital pagado, ya que era frecuente que alcanzaran cifras de 70% del mismo. Tal *margen de utilidad* era incomparable con la de un Hacendado del Valle Central, por ejemplo, cuya tasa de ganancia agrícola oscilaba entre 4% y 5% anual del valor de la propiedad" (cursivas agregadas). En este caso obviamente el autor confunde ventas con utilidades, que son cosas distintas. La confusión, no obstante, genera en el lector no experto la sensación de que los mercaderes hacían enormes utilidades. Lo más probable es que la competencia entre mercaderes haya generado tasas de retorno del negocio compatibles con aquellas de otros sectores, ajustadas por riesgo por supuesto.

(3) *El caso del monopolio* que supuestamente habrían tenido los *merchant bankers* chilenos sobre el crédito y la moneda[28], que también se repite en el libro. Tal monopolio nunca existió, ni siquiera en la época de la banca libre (1865-1878). Ciertamente hubo competencia mientras el país se encontró bajo el patrón bi-metálico y todos tuvieron acceso a la acuñación de monedas; la competencia aumentó cuando los comerciantes emitieron fichas y siguió existiendo luego que se creó la banca de emisión.

(4) Y *El caso de los incentivos y el mercado*, en que Salazar sostiene que: "Fue el tiempo en que el capital comercial-financiero estaba subsumido, alienado y personalizado en el patrimonio familiar. Es decir, una forma de capital-dinero (de comercio) que se regía sobre todo por un afán privado (subjetivo) de enriquecimiento, más que por la ciencia (objetiva) del mercado". Cuesta realmente entender el párrafo, pero Salazar pareciera horrorizarse por el afán de lucro de esas familias, pero ¿no es lo normal —además de deseable— que los agentes económicos traten de maximizar beneficios y lo hagan en el ámbito de los mercados competitivos? Si eso sucede, lo más probable es que estemos en presencia de una economía eficiente y próspera.

3. Conclusiones

Gabriel Salazar nos deleita una vez más con uno de sus libros, esta vez con *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas*. El libro respeta la tradición de sus principales obras previas, pero realiza ahora su análisis

[28] Salazar (2009), pág. 760.

de la sociedad chilena desde la óptica de la clase mercantil. Se propone entender por qué Diego Portales —ícono de esa clase durante la primera mitad del siglo XIX— es un personaje tan respetado y alabado por la clase dirigente chilena ahora y en el pasado, a pesar de haberle imprimido su particular sello a la economía chilena, que la llevó al fracaso a comienzos del siglo XX.

Salazar no contesta con su libro toda la pregunta que se hizo, pero sí nos "pinta" un cuadro coherente con la idea de fracaso del modelo portaliano. De acuerdo al autor, la apertura de la economía después de la independencia atrajo a mercaderes extranjeros, que se asociaron formal o tácitamente con mercaderes chilenos. Muy grosso modo, los primeros realizaban el comercio exterior e importaban bienes industriales, mientras que los segundos se responsabilizaban del acopio de bienes mineros y agrícolas. Los mercaderes chilenos, sin embargo, no produjeron estos últimos bienes sino que los encargaban o acopiaban, ni tampoco fueron capaces de generar las condiciones que permitieran al país tener un crecimiento económico autosostenido alto, dedicándose principalmente a la intermediación financiera y comercial. Para poder obtener márgenes interesantes, se vieron "forzados" —nos dice el autor— a extraer las rentas de las personas que trabajaron con o para ellos, destruyendo en el proceso puestos de trabajo y fuentes de crecimiento económico. Los mercaderes utilizaban además todas las mañas posibles para extraer rentas del Estado. Salazar diría que el librecambismo y la represión portaliana no produjeron en el siglo XIX la suficiente industrialización —a pesar de un brote interesante que hubo hacia final de siglo— para generar condiciones sociales aceptables en el país.

Pero lo que Salazar constata en realidad es que bajo las condiciones institucionales que describe, Chile no se había desarrollado en el siglo XIX y que en cambio había estallado la "cuestión social". Sin embargo, para juzgar el grado de desarrollo alcanzado y así también al modelo institucional y de política económica de la época, se requiere un patrón de medida. Ése es el ejercicio realizado en Lüders (1998) que, actualizado, muestra que el país probablemente tuvo en el siglo XIX un comportamiento económico incluso algo superior al de los EE.UU. Si a eso se agrega que la pobreza se redujo muy significativamente, el aumento del bienestar en Chile debe haber sido muy significativo. Es decir, los datos agregados rechazan la parte medular de la hipótesis de Salazar.

A pesar de lo anterior, a pesar del sesgo conceptual y valórico con que el autor encara el tema, y a pesar de la evidente ausencia del uso de teoría económica que pudiera haber podido orientar el trabajo de investigación y análisis, *Mercaderes, Empresarios y Capitalistas* es una obra monumental que hace un importante aporte al entendimiento de la sociedad chilena en el siglo XIX.

Referencias

Lüders, R. (2008) "Crecimiento Económico de Chile: Lecciones de la Historia". "Revista de Economía y Administración", Pontificia Universidad Católica de Chile.

———— (1998). "The Comparative Performance of Chile 1810-1995". *Estudios de Economía*, Vol. 25 Nº 2, Santiago.

Prados, L. (2005). "Growth, Inequality and Poverty in Latin America: Historical Evidence, Controlled Conjectures". Universidad Carlos III Working Paper Nº 05-41(04). □