Revista lus et Praxis, Año 18, Nº 2, 2012, pp. 77 - 124

ISSN 0717 - 2877

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "El Convenio 169.

Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa" Lucía A. Gaete Uribe

# EL CONVENIO Nº 169. UN ANÁLISIS DE SUS CATEGORÍAS PROBLEMÁTICAS A LA LUZ DE SU HISTORIA NORMATIVA\*

CONVENTION 169. AN ANALYSIS OF THEIR PROBLEMATIC CATEGORIES IN THE LIGHT OF ITS HISTORY RULES

LUCÍA A. GAFTE URIBE\*\*

#### RESUMEN

El derecho a la libre determinación ha marcado desde sus inicios, el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas como sujetos de derecho, en la esfera internacional y nacional.

En este trabajo se mostrará tal vinculación a través del análisis de los principales instrumentos internacionales en la materia y la recepción que de ellos se ha hecho en el derecho chileno.

#### **ABSTRACT**

The right to the free self determination has marked from his beginnings, the development of the rights of the indigenous peoples as subjects of right, in the international and national sphere.

In this work such an entail will appear across the analysis of the principal international instruments in the matter and the receipt that of them has been done in the Chilean right.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, Pueblos Indígenas, Derechos Humanos

### KEYWORDS

Law to the free Determination of the Peoples, Indigenous Peoples, Human Rights

#### Introducción

El presente artículo confronta la discusión internacional producida a propósito de la creación de diversos instrumentos internacionales sobre derechos de los indígenas y sus pueblos, con la recepción de tales instrumentos en la esfera nacional.

<sup>\*</sup> Trabajo recibido el 12 de julio y aprobado el 3 de octubre de 2012.

<sup>\*\*</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral. Actualmente cursa programa de Magíster en Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: luciagaete@gmail.com.

Para ello se revisa el proceso de construcción y contenido de los tres instrumentos vigentes en la materia, a saber, Convenio Nº 107 y Nº 169 de la OIT, y la Declaración Universal de derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, para luego apreciar lo sucedido durante el proceso de ratificación del Convenio Nº 169 en nuestro país.

Utilizando un enfoque histórico se revisa cómo el derecho humano a la libre determinación ha influido en la discusión internacional y nacional sobre el alcance de los derechos que a los pueblos indígenas se reconoce.

# 1. HACIA LA FORMACIÓN DE UN CORPUS INTERNACIONAL DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, en el año 1989, el Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el que fue ratificado por nuestro país con fecha 15 de septiembre del año 2008, luego de casi veinte años de tramitación en el Congreso Nacional.

Este Convenio tiene su antecedente más cercano en el Convenio Nº 107 de la OIT, del año 1957, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en países independientes.

Por otro lado, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó, con fecha 13 de septiembre de 2007, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, que deriva de un trabajo iniciado en esa sede el año 1982, con la creación de un Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas.

Estos tres instrumentos internacionales recogen momentos distintos de la historia, especialmente relacionados con la evolución de la visión que los organismos internacionales, y los países que los conforman, han tenido sobre los derechos de los indígenas y de sus pueblos, constituyéndose como los únicos instrumentos internacionales referidos exclusivamente a ellos. Por tal razón es que resulta necesario analizarlos, con el objeto de mostrar el camino que se inicia con el reconocimiento de derechos de corte individual y general, y que prosigue con la declaración de derechos específicos de naturaleza individual y colectiva; y de analizar la influencia del derecho a la autodeterminación en la conformación de ese camino.

## 1.1. El problema del concepto de pueblos

La denominación que se utilizaría para referirse a los grupos indígenas en los instrumentos internacionales, es un problema que se evidencia desde el inicio del tratamiento de sus derechos como derechos específicos, con el Convenio Nº 107 de la OIT, adoptado en el año 1957, que constituye el primer intento

de codificación de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales, por lo que se trata del primer convenio internacional en el asunto.

La OIT fue creada en 1919, con una estructura tripartita que incluye, además de los Estados soberanos, sujetos del derecho internacional por excelencia, a representantes de trabajadores y empleadores, otorgándoles un estatus igual al de sujetos plenos del derecho internacional. Pasó a formar parte de la ONU en 1946¹. No tiene un mandato específico con respecto a los pueblos indígenas en general, por lo que podría interpretarse como una anomalía el que haya adoptado convenios sobre pueblos indígenas que no se limitan a temas laborales. Sin embargo, hay razones históricas que explican aquello².

El Convenio Nº 107 surge de un estudio<sup>3</sup> que la OIT realizó sobre la situación de trabajadores en precarias condiciones, específicamente sobre los trabajadores rurales, el que arrojó que gran parte de ellos provenía de pueblos indígenas y que la población indígena trabajadora estaba en una especial condición de fragilidad. Tal circunstancia fundamenta la decisión de crear un estatuto especial, que se materializa en el Convenio Nº 107.

En la época en que se adoptó el Convenio Nº 107, los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades atrasadas y transitorias. Para que pudiesen sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y la asimilación<sup>4</sup>. Por tal razón es que el Convenio 107 está informado por la denominada teoría o filosofía de la asimi-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Mereminskaya, Elina, "El Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas". *Estudios Públicos* Nº 121, Verano 2011, p. 217. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/autor\_2077.html. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> LEARY, Virginia, "La utilización del Convenio № 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas", 1999, p. 17. En http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\_394381106/Convenio%20169%5CIntroduccion.pdf. [Visitado el 07/01/2011].

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La OIT venía desarrollando desde el año 1921 varios estudios sobre las condiciones laborales de los trabajadores nativos o indígenas en las colonias, los que revelaron la existencia de trabajo forzoso, llevando a la adopción en 1930 del Convenio Nº 29 sobre trabajo forzoso u obligatorio. También creó un primer comité de expertos en trabajo indígena, en el año 1926, y un segundo en 1951. Luego, en 1953, publicó el libro titulado "Pueblos indígenas: Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones aborígenes en los países independientes", que da cuenta de las poblaciones indígenas en todo el mundo. Inició, en la década de 1950, un programa de desarrollo indígena andino, con la colaboración de varias agencias de Naciones Unidas, quienes le solicitaron la redacción de un convenio que abarcara una amplia gama de problemas que afectaban a los indígenas más allá del trabajo forzoso, petición que se concreta en el Convenio 107. Leary, cit. nota n. 2, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBA-LES, Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual, 2003. En http://pro169. org/res/materials/es/general\_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf. [Visitado el 7/01/2011]

lación o integración, tal como su título y preámbulo<sup>5</sup> lo señalan, reflejando el desarrollo del tema al momento de su adopción.

Su eje central es el mejoramiento de las condiciones en las que viven los integrantes de pueblos indígenas. Utiliza por primera vez en el derecho internacional el concepto de población indígena como colectividad, reconociéndole el derecho colectivo a la tierra y el derecho a la educación en lengua materna como derechos específicos. Además, reconoce las costumbres y formas con que tradicionalmente resuelven sus conflictos en la comunidad. Pero al reflejar la política del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista, implicaba la desaparición de los pueblos indígenas al convertir en ciudadanos a sus integrantes<sup>6</sup>, a los que reconoce como iguales frente a los restantes miembros de la sociedad, todo lo cual queda plasmado en los artículos 1, 2 y 3 del Convenio<sup>7</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> En el sexto párrafo del preámbulo del Convenio Nº 107 se señala: "Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutan los otros elementos de la población" agregando en el octavo párrafo: "Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo".

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Gómez, Magdalena, "El Convenio Nº 169 de la Organización Internacional de Trabajo", en *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 133-135.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica: a) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas 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 y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen. Artículo 2: 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. 3. El objetivo principal de esos programas deberá ser el fomento de la dignidad, de la utilidad social y de la iniciativa individuales. Artículo 3: 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 la protección sea necesaria.

Con el tiempo, el punto de vista que consideraba a los pueblos indígenas como sociedades atrasadas y transitorias fue puesto en tela de juicio, como consecuencia de una comprensión mas profunda del tema y del número cada vez mayor de miembros de tales pueblos que participaban en foros internacionales<sup>8</sup>, tales como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas<sup>9</sup>, que se tratará más adelante.

Es así como en una reunión de expertos del año 1986, convocados por la OIT, en la que se incluyó a representantes de pueblos indígenas, se concluyó que era necesaria la revisión del Convenio Nº 107, principalmente, por su inspiración asimilacionista que, aseguraban, "significaba la extinción de las formas de vida distintas de las de la sociedad dominante" además del deseo de la Organización de mantener el liderazgo de la regulación internacional sobre el tema, que consideraba tradicionalmente propio 11.

También colaboró en la decisión de la OIT el empuje del movimiento indígena en la década de 1980 en busca del reconocimiento de su autonomía y libre determinación, lo que traería como consecuencia el reconocimiento del pueblo indígena como sujeto de derecho y de derechos colectivos en mayor medida que el reconocimiento de derechos individuales<sup>12</sup>. Virginia Leary agrega otro dato, que en 1989, fecha de adopción del convenio, la preocupación internacional por los derechos de los pueblos indígenas era creciente<sup>13</sup>, debido a los resultados<sup>14</sup> del exhaustivo estudio que había realizado para las Naciones

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Los pueblos indígenas no participaron de la redacción del Convenio Nº 107 y de la Recomendación 104, lo que llevó al rechazo de ambos instrumentos por el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas de 1977.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, cit. nota n. 4, p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> ANAYA, James, Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Traducción de la segunda edición por Luis Rodríguez-Piñero Moyo en colaboración con Pablo Gutiérrez y Bartolomé Clavero. Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005, p. 97.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Mereminskaya, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 222.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Góмеz, "El Convenio", cit. nota n. 6, pp. 133-135.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Leary, cit. nota n. 2, p. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Dentro de tales conclusiones se puede señalar que de los 37 países estudiados por el autor, sólo en algunas de sus Constituciones había menciones o normas sobre pueblos indígenas; y donde había regulación de rango de ley, los indígenas no gozaban de los mismos derechos ni tenían las mismas obligaciones de los no indígenas, a menos que lograran un grado determinado de integración en la comunidad nacional. Además constató que el acceso a los servicios de salud no era igualitario, y que tales servicios no se adaptaban a las especiales necesidades de los indígenas. En la misma materia, la tasa de morbilidad y mortalidad era muchísimo más alta que las de la población no indígena. En cuanto a la dieta, detectó que era deficiente comparada con la de los no indígenas. Sobre vivienda, el estudio concluye que ella era inferior a la ya deficitaria vivienda rural en todos los países estudiados. En lo referido a la educación, no se encontraba debidamente garantizado ni realmente vigente el

Unidas el Relator Especial José Martínez Cobo, llamado "Estudio del problema de la discriminación contra los Pueblos Indígenas".

La revisión del Convenio N° 107, que incluyó la participación de representantes de los pueblos indígenas, aunque sin derecho a voto, culmina con la adopción del Convenio N° 169 en el año 1989, el que entró en vigor en el año 1991, luego de las ratificaciones de Noruega y México. Una vez adoptado el Convenio N° 169, dejó de estar abierto a ratificación el Convenio N° 107.

El Convenio Nº 169 es definido como el "instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales más completo, cuya influencia va más allá del número de países que actualmente lo han ratificado"<sup>15</sup>, convirtiéndose en "un documento de consenso, que a veces condiciona, por medio de cláusulas limitantes, disposiciones que reconocen los derechos de los pueblos indígenas y tribales", por lo que, al igual que el Convenio Nº 107, recibió críticas<sup>16</sup>.

Abandona la filosofía de la asimilación que inspiraba al Convenio Nº 107, lo que señala de modo expreso en su preámbulo que indica: "Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores" 17.

Las diferencias principales entre el Convenio N° 107 y el Convenio N° 169 tienen que ver con la concepción que se tiene de los pueblos indígenas, como sociedades temporales destinadas a desparecer con la modernización o como grupos sociales permanentes. También en la denominación de tales grupos, para uno poblaciones, para el otro pueblos. Y en cuanto al fin de la política que contiene, el Convenio N° 107 buscaba la asimilación de los pueblos, en cambio en el Convenio N° 169 reconoce la diversidad étnica y cultural y la respeta. Mereminskaya agrega que el Convenio N° 169 eleva el estándar de protección al formular derechos, a diferencia del Convenio N° 107 que consagraba políticas públicas recomendadas¹8.

Debe destacarse aquí el tránsito desde el reconocimiento de la existencia de poblaciones indígenas en 1957, a la de pueblos indígenas, en 1989. Al identificarse poblaciones indígenas, como poblaciones distintas de otras poblaciones, se avanzó en la especificación de los derechos, asumiendo esta

derecho de los indígenas a la educación, además de desconocerse la educación tradicional indígena, pretendiendo muchas veces su abandono y sustitución por educación formal no indígena.

 $<sup>^{\</sup>rm 15}$  Proyecto para promover la política de la oit sobre pueblos indígenas y tribales, cit. nota n. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Leary, cit. nota n. 2, pp. 13-14.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Párrafo 5 del Preámbulo del Convenio Nº 169 de la OIT.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 217.

diferencia, el ser indígena, como una diferencia valiosa a la hora de reconocer ciertos derechos a los individuos. Luego, dichos derechos transitaron desde una perspectiva individual a una colectiva, al referirse a pueblos y no a poblaciones, comenzando el reconocimiento expreso de derechos colectivos a los pueblos indígenas, cuya mayor expresión se produce con la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas que se analizará más adelante. Sin embargo, es preciso señalar que ya el Convenio Nº 107 reconocía el derecho colectivo de propiedad<sup>19</sup>.

Sobre este punto, Anaya indica que el Convenio Nº 169, al reconocer derechos colectivos de los pueblos indígenas como tales, dejando atrás el reconocimiento de derechos individuales de personas indígenas, produjo una innovación en el derecho internacional de los derechos humanos que a esa fecha estaba articulado en base a derechos individuales. Agrega que el reconocimiento de derechos colectivos que tienen como beneficiarias a comunidades de raigambre histórica y no a individuos o a los Estados, se enfrenta con la dicotomía Individuo/Estado que perdura en las concepciones dominantes sobre la sociedad humana e influye en la elaboración de estándares internacionales, lo que implica un cuestionamiento de algunos de los elementos claves de la soberanía estatal, especialmente celosa en cuestiones relativas a la organización social y política, tal como quedó en evidencia en la discusión sobre el alcance del término "pueblos" que utiliza el convenio<sup>20</sup>.

El Convenio Nº 169 no entrega un concepto de pueblos indígenas, sino elementos para distinguirlos de otros pueblos, como las "condiciones sociales, culturales y económicas", el hecho de encontrarse "regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial", y la circunstancia de "descender de poblaciones que habitan 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". Agrega también que la conciencia de la identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental a la hora de determinar los grupos a los cuales se les aplica este convenio.

Algunos de estos elementos diferenciadores ya estaban contenidos en el Convenio Nº 107, como la circunstancia de regirse total o parcialmente por sus costumbres, o el hecho de descender de las poblaciones que habitaban el sector en una etapa previa. Pero el Convenio Nº 169, además de agregar el criterio de

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Convenio Nº 107 de la OIT, artículo 11: "Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas".

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Anaya, *Los Pueblos*, cit. nota n. 10, pp. 99-100.

autoidentificación, abandona un elemento diferenciador que está en el Convenio Nº 107 y que se refiere a la etapa menos avanzada de las condiciones sociales y económicas en las que se encuentra el grupo, en comparación con otros sectores de la colectividad nacional, lo que reflejaba la visión de la comunidad internacional sobre los pueblos indígenas como pueblos atrasados y transitorios. El Convenio Nº 169 avanza en dos aspectos en este punto, primero, al recurrir a esas mismas condiciones para diferenciar a los grupos, pero esta vez desde un punto de vista positivo, estableciendo que son esas condiciones, a secas, las que permitirán distinguir a un grupo indígena o tribal, y segundo, al agregar la consideración a las condiciones culturales del pueblo en análisis, otorgándole valor, en plena consonancia con la opción, declarada en el preámbulo, de abandonar los objetivos asimilacionistas y de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a continuar existiendo sin perder su identidad propia.

A partir de la adopción de este instrumento internacional, las diversas organizaciones indígenas, a pesar de haberlo criticado fuertemente por su escasa participación en la redacción del mismo y por la salvaguarda al concepto de "pueblos", que se analizará más adelante, han tomado progresivamente un rol activo para conseguir la ratificación del Convenio Nº 169 en los Estados donde se insertan²¹. Esta aceptación paulatina de sus normas, no sólo por parte de las organizaciones indígenas, sino también por los estados, ha llevado a una parte de la doctrina a afirmar que se trataría de una expresión del derecho consuetudinario internacional²².

# 2. Algunas cuestiones problemáticas respecto de la interpretación y aplicación del Convenio $N^{\rm o}$ 169

Durante la redacción del Convenio, resultó especialmente controvertido el debate por el uso del término "pueblos" en lugar de "poblaciones", ya que el primero involucra un mayor reconocimiento de la identidad colectiva y de los atributos de la comunidad. Los gobiernos se resistieron a la utilización del término por su asociación con el concepto autodeterminación o libre determinación, principio asociado con el derecho a formar un estado independiente.

El derecho a la autodeterminación está contenido en el artículo 1.2<sup>23</sup> y 55<sup>24</sup> de la Carta de las Naciones Unidas, con idéntico texto en el artículo 1 del Pacto

<sup>22</sup> Mereminskaya, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 223.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> LEARY, cit. nota n. 2, p. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Artículo 1: "Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal".

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Artículo 55: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

Internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>25</sup> y en el artículo 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

En la primera sesión en el año 1988, la Comisión de la OIT no pudo decidir si debiera usarse el término "pueblos", tal y como pretendían las organizaciones indígenas y los representantes de los trabajadores<sup>26</sup>. La situación se complicó aún más, cuando las organizaciones indígenas participantes de la propuesta de convenio, invocaron su derecho a la autodeterminación para señalar su intención de continuar existiendo como comunidades diferenciadas y libres de opresión, aunque en casi todos los casos ello no significara que tuvieran aspiraciones secesionistas<sup>27</sup>.

Finalmente, la polémica respecto al uso de los términos pueblos/poblaciones se resolvió en la segunda discusión de 1989, decidiendo utilizar el concepto "pueblos" al estimar que "reflejaba correctamente la visión que dichos pueblos tiene de sí mismos, y la entidad que el Convenio revisado debía reconocerles" y añadiendo una salvaguarda en el artículo 1.3 que señala: "la utilización del término pueblos en este convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional", incluyéndose además en las actas de la comisión encargada de la elaboración el siguiente texto "Queda entendido para la Comisión que el empleo del término 'pueblos' en este convenio no

a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Artículo 1.1: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Leary, cit. nota n. 2, p. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> En ese sentido, Anaya cita la intervención de la Coordinación Nacional de Organizaciones Aborígenes durante el 75° período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 13 de junio de 1998: "Definimos nuestros derechos en términos de la libre determinación. No buscamos el desmembramiento de sus Estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos naturales, la organización de nuestras sociedades, nuestras instituciones de decisión y el mantenimiento de nuestras propias culturas y formas de vida". ANAYA, J.: "Los pueblos indígenas en el derecho internacional". Traducción de la segunda edición por Luis Rodríguez-Piñero Moyo en colaboración con Pablo Gutiérrez y Bartolomé Clavero. Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía, Madrid. 2005, pp. 99-100.

 $<sup>^{\</sup>rm 28}$  PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, cit. nota n. 4.

tiene implicaciones respecto del derecho a la autodeterminación tal como se entiende en el derecho internacional"29.

Otras controversias surgieron por el uso del término "territorios", por temor a que dicho término fuese interpretado por los Estados como un atentado a su soberanía. Por ello se introdujo la expresión "tierras y territorios" en el artículo 13 del Convenio. Del mismo modo, esta vez respecto del derecho de participación regulado en el artículo 6, se reemplazó el deber de buscar el "consentimiento" de los pueblos indígenas para la aprobación de las medidas que les pudieran afectar, por el deber de "consultar" a tales pueblos<sup>30</sup>.

Anaya opina que ese lenguaje condicionado, da cuenta de la aversión de los Estados "al reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación a grupos indígenas por el temor que ello pudiera implicar un derecho a la secesión"<sup>31</sup>. Sin embargo, para este autor "resulta evidente que el Convenio Nº 169 consolidó el concepto normativo subyacente a la retórica sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas"<sup>32</sup>.

La OIT ha tomado la postura de que el lenguaje condicionado en torno al uso del término "pueblos" no limita el significado del término en ningún caso y de ninguna manera, sino que fue simplemente un medio para dejar en manos de los procedimientos de las Naciones Unidas la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término, precisando que "la interpretación del concepto político de autodeterminación está fuera de su ámbito de competencia. El Convenio Nº 169, al no establecer ninguna limitación al derecho a la autodeterminación, es compatible con todo instrumento internacional que en el futuro pueda establecerlo o definirlo"<sup>33</sup>. Precisa que el Convenio sí prevé el autogobierno y el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades, encargándose de fijar las condiciones necesarias para el autogobierno, ofreciendo medios para que los pueblos indígenas puedan mantener o asumir la gestión de sus vidas y destinos propios, un mayor control de su propio desarrollo económico, social y cultural, y lograr que se reconozca más ampliamente la particularidad de sus culturas, tradiciones y costumbres, así como un mayor

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, establecen que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 222.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Anaya, Los Pueblos, cit. nota n. 10, p. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Anaya, Los Pueblos, cit. nota n. 10, p. 102.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBA-LES, cit. nota n. 4.

control de su propio desarrollo económico, social y cultural<sup>34</sup>. Sostiene que los pueblos indígenas y tribales deberían tener la oportunidad y la posibilidad real de administrar y controlar sus vidas y de decidir su propio futuro, citando ejemplos de autogobierno del pueblo Kuna en Panamá, del pueblo Inuit en Groenlandia y en Canadá <sup>35</sup>. Mereminskaya cita el ejemplo de autogobierno del Pueblo Saami en Noruega<sup>36</sup>.

Esta polémica, a pesar del tiempo transcurrido, no parece haberse zanjado en la esfera internacional, atendido lo ocurrido durante la redacción de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, ni en la esfera nacional, al considerar las distintas opiniones vertidas en el requerimiento por inconstitucionalidad formulado por treinta y un diputados ante el Tribunal Constitucional Chileno, el año 2000, durante la tramitación del Convenio Nº 169 en el Parlamento de nuestro país. Por un lado, los requirentes fundamentaron su solicitud, entre otros argumentos, en el rechazo al reconocimiento del "pueblo indígena" como sujeto de derecho, entendiendo que, con la ratificación del Convenio, se interpondría entre el Estado y los chilenos de origen indígena, a los pueblos indígenas, a quienes se les transferirían atribuciones que implicarían un claro ejercicio de la soberanía, limitando las competencias de los órganos públicos.

El Ejecutivo, en las observaciones que realizó al requerimiento ante el Tribunal Constitucional, señaló que el Convenio reconoce implícitamente que los pueblos indígenas se desenvuelven dentro del país o la nación a la cual pertenecen, y establece que los gobiernos, en los temas pertinentes, consultará a través de procedimientos apropiados; o bien, que las medidas deberán implementarse con la participación de los pueblos interesados, por lo que en ningún caso establece que éstos van a ejercer potestades públicas o van a sustituir a los órganos constitucionales y legalmente determinados para el ejercicio de la soberanía.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, con fecha cuatro de agosto de 2000, resolvió el requerimiento, señalando sobre este punto que "si se comparte la tesis de los requirentes, en orden a que a dicha expresión (pueblos) debe dársele el alcance que ellos le atribuyen, es indudable que el convenio sería inconstitucional, pues se estaría creando una especie de nuevo estado dentro del Estado

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Cita al efecto el siguiente texto del preámbulo del Convenio "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".

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBA-LES, cit. nota n. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 247.

de Chile. [...] Si, por el contrario, se acepta la tesis sostenida por el Presidente de la República, en el sentido que la expresión en estudio está tomada como un conjunto de personas de un lugar o país que no están dotadas de potestades públicas y que gozan de determinados derechos que se encuadran dentro de la Carta Fundamental, resulta, igualmente indudable, que el Convenio Nº 169 no es inconstitucional"<sup>37</sup>.

La idea que subyace a ambas posturas se resume en si el concepto "pueblos" implicaría la concesión de poderes públicos, asociándose, indefectiblemente, tales poderes, con la secesión, con la formación de otro estado dentro del chileno. Ambas partes coinciden en esa forma de ver el reconocimiento de pueblos indígenas, intentando evitar que tal reconocimiento sea interpretado como una posibilidad de secesión, es decir, como el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de la forma en que ellos lo entienden<sup>38</sup>.

2.1. El valor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Del soft law al hard law

La historia de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en la esfera internacional, tiene como uno de sus hitos, el estudio que Naciones Unidas encargó en 1972 a José Martínez Cobo, sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas y el concepto de pueblos indígenas<sup>39</sup>.

En 1982, producto del estudio encargado, la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, crea un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (en adelante GTPI), por lo que es posible considerar el año 1982, como aquel en que Naciones Unidas comienza a atender formalmente los asuntos de los pueblos indígenas<sup>40</sup>, y el establecimiento del GTPI, como el hito que da

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de agosto de 2000, caso rol Nº 309.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> El Tribunal Constitucional concluye señalando que a pesar de que el vocablo pueblo "es una de aquellas palabras que mayor cantidad de significados tiene tanto en el lenguaje común como en las ciencias sociales, políticas y jurídicas" por pueblos indígenas debe entenderse 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 publicas 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, sin constituir un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado" agregando que, a su juicio, las normas del convenio son suficientemente claras al respecto.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Berraondo, Mikel (Coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 109.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Berraondo, *Pueblos*, cit. nota n. 39, p. 110. En el mismo sentido véase Daes, Erica-Irene, "La contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", *El Desafío de la Declaración, Historia y* 

inicio a los "esfuerzos por redactar un documento específico que abordara la protección de los pueblos indígenas a nivel internacional"<sup>41</sup>.

El proceso avanzó muy lentamente, debido a que varios Estados expresaron su preocupación por las menciones que contenía el proyecto al derecho a la autodeterminación y al control de recursos naturales en las tierras ancestrales de los pueblos indígenas<sup>42</sup>, tal como había ocurrido durante la discusión del Convenio Nº 169.

La declaración finalmente fue adoptada por la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007, con los votos en contra de Nueva Zelanda, Australia, Canadá y Estados Unidos, ninguno de los cuales había ratificado el Convenio Nº 169.

Las razones que llevaron a tales países a votar en contra de la declaración, muestran que la discusión sobre el estatus de los pueblos indígenas sigue vigente. Estados Unidos criticó la regulación del derecho a la libre determinación y la figura jurídica de derechos colectivos, la que consideró incompatible con el concepto de derechos humanos. Nueva Zelanda y Canadá estimaron que la regulación sobre recursos naturales, territorios y consentimiento previo, libre e informado creaba dos clases de ciudadanos, discriminando a los no indígenas<sup>43</sup>. Otros explican que la postura de estos países tiene que ver con que tales estados cuentan con un sistema doméstico que regula la materia, bastante más com-

Futuro sobre la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, 2010. En http://www.fasic.org/juri/eldesafio.pdf [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Una breve reseña histórica sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/declaration.html. Visitado el 4 de julio de 2010. En 1994, se estableció el 9 de agosto como el "Día Internacional de las Poblaciones Indígenas", en atención a que en esa fecha se realizó la primera sesión del GPTI. En 1993, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró ese año como el "Año Internacional de las Poblaciones Indígenas".

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Para discutir estos aspectos se creó un Grupo de trabajo intersesional, de composición abierta, para trabajar sobre el proyecto de declaración de 1994, y conseguir su aprobación por la Asamblea General durante el Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (La Resolución 48/163 de la Asamblea General de Naciones Unidas, declaró el "Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo" entre 1995 y 2004, y, posteriormente, a través de la Resolución 59/174 se estableció un segundo decenio entre 2005 y 2015). El mandato del grupo de trabajo fue extendido para cubrir el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. Durante la undécima sesión del Grupo de Trabajo, que se desarrolló entre los años 2005 y 2006, su presidente, Luis Enrique Chávez, de Perú, preparó una compilación de propuestas discutidas durante la décima sesión, la cual formó la base de las negociaciones. Paralelamente, el 15 de marzo de 2006, los estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la creación de un nuevo Consejo de Derechos Humanos para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos con sede en Ginebra. El Consejo tuvo su primera sesión en la misma ciudad entre el 19 y el 30 de junio del año 2006. En esta primera sesión fue adoptada la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, específicamente el 29 de junio de 2006. La versión adoptada correspondía a la propuesta por Chávez, presidente del grupo de trabajo intersesional señalado.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 226.

pleto, para algunos, que el de otros países, y con decisiones de sus Tribunales y acuerdos reparatorios que responden a su propia visión de los derechos de los indígenas y de sus pueblos<sup>44</sup>. El deseo de tales Estados de manejar el tema de los derechos indígenas como un asunto interno, es otra de las razones que se han dado<sup>45</sup>.

La OIT participó activamente en la redacción de la Declaración, con el fin de asegurar que las disposiciones del proyecto no quedaran por debajo de las contenidas en el Convenio Nº 169.

A diferencia de lo ocurrido con los Convenios Nº 107 y Nº 169, el proceso de discusión de la Declaración contó con una permanente participación y colaboración de los representantes de los pueblos indígenas<sup>46</sup>, lo que ha llevado a una parte de la doctrina a sostener que este instrumento internacional carece de legitimidad democrática, al estimar que su contenido no estuvo bajo el control de los Estados sino de los representantes de los pueblos indígenas<sup>47</sup>.

Para el Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas, la Declaración es el instrumento más universal, amplio y fundamental sobre los derechos de los pueblos indígenas, y parte de las normas universales de derechos humanos, ya que sus principios básicos son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos. Tal carácter, deberá ser el elemento principal a la hora de interpretarla<sup>48</sup>. Se trata de un documento exhaustivo que complementa el Convenio Nº 169 como instrumento específico de derechos de los pueblos indígenas, lo que se evidencia en el preámbulo al señalar: "Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados [...] Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 227. En el mismo sentido, Montt Oyarzún, Santiago y Matta Aylwin, Manuel. "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", Estudios Públicos Nº 121, Verano 2011, pp. 150-152. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4767. html. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Zalaquett Daher, José, "La declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, p. 144. En http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/5-Seccion\_Internacional/6-Zalaquett\_Jose/Jose\_Zalaquett.pdf. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 225.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel. "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos* № 121, Verano 2011, p 151-152. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4767.html. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES INDÍGENAS, Comentario del Foro Permanente de las Naciones Unidas para cuestiones indígenas acerca del artículo 42 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (publicado en el Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14). En http://clavero.derechosindigenas.org/wpcontent/uploads/2009/07/comentario-del-foro-sobre-la-declaracion.pdf. [Visitado el 10/01/2012].

sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados"<sup>49</sup>. Avanza en el reconocimiento expreso del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas<sup>50</sup>, respondiendo, seguramente, a la principal crítica de la que es objeto el Convenio Nº 169 por la salvaguarda introducida a propósito de la utilización del concepto "pueblos", que pretendía, precisamente, evitar cualquier conexión con tal derecho, que, a la fecha de adopción del convenio, recogían otros instrumentos internacionales. Clavero agrega que se trata del reconocimiento del derecho a la libre determinación en pie de igualdad, es decir, los pueblos indígenas gozan del mismo derecho que han detentado los otros pueblos.<sup>51</sup>

La declaración presenta, a juicio del Programa de Naciones Unidas para el desarrollo, una comprensión equilibrada<sup>52</sup> del derecho a la autodeterminación que asiste a los pueblos indígenas, al señalar en el artículo 46: "Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes"<sup>53</sup>. Esta mención a la integridad territorial o a la unidad política de los estados, muestra que el temor

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> La declaración se refiere al derecho a la autodeterminación como derecho a la libre determinación en el preámbulo y en los artículos 3 y 4.

El preámbulo señala: "Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional". Los artículos 3 y 4 rezan:

<sup>&</sup>quot;Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>&</sup>quot;Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> CLAVERO, Bartolomé, Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx), disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2482/17.pdf. [Visitado el 11/01/2011].

<sup>52</sup> FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES INDÍGENAS, cit. nota n. 48.

<sup>53</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

a la secesión, como un producto del reconocimiento del derecho a la libre determinación, sigue vigente en la comunidad internacional.

Al reconocer el derecho a la libre determinación la Declaración señala que en su ejercicio los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas<sup>54</sup>. Al respecto, el Foro Permanente de Naciones Unidas para cuestiones Indígenas ha dicho que en el artículo 3 de la Declaración se afirma el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en términos que constituyen la reformulación de las disposiciones comunes del artículo 1 de los dos pactos internacionales de 1966<sup>55</sup>.

Para el Grupo para el Desarrollo de Naciones Unidas, el derecho a la libre determinación, reconocido a los pueblos indígenas expresamente en la Declaración, tiene las siguientes expresiones:

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

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> "Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>&</sup>quot;Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas".

<sup>55</sup> FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES INDÍGENAS, cit. nota n. 48.

- Reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, y modos de organización sociopolítica.
- Reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural"56.

De lo anterior puede colegirse que la doctrina internacional ha llegado a un cierto consenso sobre la calidad de pueblos que asiste a los grupos indígenas, sobre su derecho a la libre determinación, y sobre el alcance de éste último, que se aleja de la idea de secesión. Sin embargo, la percepción que se tiene en nuestro país sobre estos mismos aspectos es distinta. Lo mismo ocurre con el grado de vinculación que se le otorgue a la Declaración, que es un instrumento internacional que da cuenta y fe de un acuerdo común entre estados, pero que carece de la fuerza que poseen los tratados internacionales<sup>57</sup>.

Entre los autores nacionales las opiniones se encuentran divididas. Por un lado, Merimeskaya estima que sería prematuro sostener que la Declaración es expresión del derecho consuetudinario internacional, considerando que ella no tiene carácter vinculante, al tratarse de un tipo de resolución que incorpora algunos derechos que no son reconocidos aún como parte del Derecho Internacional, que ha generado cierto rechazo en algunos actores del mismo y que, aparentemente, no existe intención de los estados por transformar su contenido en norma interna. Por ello es que el Convenio Nº 169, en tal escenario, sería el único instrumento internacional vinculante que regula los derechos de los pueblos indígenas<sup>58</sup>. Zalaquett agrega que resulta dudoso que la declaración de inicio a un proceso de generación normativa que se consolide, más tarde, en un instrumento internacional vinculante, como ocurrió con la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>59</sup>. Montt y Matta añaden que los tratados internacionales tienen un efecto expansivo, el que se manifiesta, entre otros, en el deber de los estados de interpretarlos conforme al derecho internacional, en este caso derecho internacional indígena, y al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los textos aprobados con posterioridad al mismo, de acuerdo a la regla general contenida en el artículo 3160 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, particularmente la regla 3(c), que ordena considerar "toda

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAD PARA EL DESARROLLO, Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, 2008. En http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451. [Visitado el O7/01/2011).

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> LEARY, cit. nota n. 2, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Mereminskaya, "El Convenio", cit. nota n. 1, pp. 227-228.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> ZALAQUETT, "La Declaración", cit. nota n. 45, p. 141.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> "Artículo 31. Regla general de interpretación. I. 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.

forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". En opinión de estos autores, si bien las declaraciones de la ONU no son vinculantes, es evidente que el Estado Chileno suscribió la declaración y no puede sustraerse de la fuerza de su contenido. Su postura es que, desde un punto de vista práctico, la declaración "jala hacia arriba" el Convenio en su aplicación en foros internacionales e, indirectamente, en los nacionales<sup>61</sup>.

En la esfera internacional, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas sostiene lo contrario. Señala, entre otros argumentos, que la Declaración tiene efectos jurídicos vinculantes a pesar de carecer de la fuerza vinculante de un tratado, por los efectos que produce su aprobación<sup>62</sup>; que, al tratarse de un instrumento general de derechos humanos, debe aplicarse así, independientemente de cómo haya votado cada Estado en la Asamblea General durante su aprobación o la posición que el Estado haya adoptado posteriormente; y que, atendido el hecho de que varios de los artículos de la Declaración "se basan en los pactos de derechos humanos y otras convenciones, o pueden tener ya la calidad de derecho consuetudinario en virtud de las políticas que se aplican en jurisdicciones nacionales. Como expresiones del derecho consuetudinario internacional, deben aplicarse cualquiera que sea el carácter del documento en el que se declaren o aprueben"63. El Foro, y durante el desarrollo de la labor que le encomienda el artículo 42 de la Declaración de promover el respeto y plena aplicación de la misma, ha declarado que entenderá que ésta "es un conjunto de normas superiores que deben aplicarse con eficacia en todas las jurisdicciones nacionales" y que por ello "ocupará una categoría superior respecto de la legislación nacional"64.

<sup>2.</sup> Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

<sup>3.</sup> Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

<sup>4.</sup> Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

<sup>61</sup> MONTT y MATTA, "Una visión", cit. nota n. 47, pp. 148- 149.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> El comentario en esta parte hace referencia al importante número de países que adoptó la declaración, lo que habla de un cierto consenso en la comunidad internacional sobre su contenido.

<sup>63</sup> FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES INDÍGENAS, cit. nota n. 48.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES INDÍGENAS, cit. nota n. 48.

Una vez analizados los aspectos más discutidos en la esfera internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en la gestación de los instrumentos internacionales específicamente referidos a ellos, resta ver cómo se reproduce la discusión sobre estos mismos ejes en el plano interno.

## 2.2. El Convenio Nº 169 en Chile, revisión de la discusión legislativa

En el año 1989, don Patricio Aylwin Azócar, en aquel entonces candidato a la Presidencia de Chile, firmó el "Acuerdo de Nueva Imperial", comprometiéndose frente al pueblo mapuche a iniciar el proceso de ratificación del Convenio Nº 169, compromiso que cumplió durante su gobierno el año 1990 al ingresarlo a tramitación al Parlamento. La tramitación fue bastante lenta, siendo aprobado por la Cámara de Diputados el año 2000. Ese mismo año, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que se declare la total inconstitucionalidad del convenio por razones de forma, y en subsidio, varias de sus normas por razones de fondo. El Tribunal, en la sentencia Rol Nº 309-2000, rechazó el requerimiento, y declaró que algunos preceptos del Convenio son programáticos y no pueden ser invocados directamente mientras no exista el desarrollo legislativo necesario.

En el mes de marzo del año 2008, el Convenio fue aprobado por el Senado por 36 votos a favor y uno en contra, y sometido a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pasando el examen satisfactoriamente<sup>65</sup>, para luego ser depositado el instrumento de ratificación ante la OIT, el 15 de septiembre de 2008, por lo que entró en vigencia en Chile doce meses después, tal como lo ordena su artículo 38.3<sup>66</sup>.

Esta larga tramitación da cuenta de las diversas posturas que fueron apareciendo frente al Convenio y su contenido<sup>67</sup>. Especialmente controvertido resultó, como era previsible, la utilización del concepto "pueblos indígenas", debate que

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de abril de 2008, sobre control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989, rol Nº 1.050.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> "Artículo 38 1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

<sup>2.</sup> Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

<sup>3.</sup> Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación".

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Durante la tramitación en la Cámara de Diputados (1990-2000) las controversias se referían, principalmente, además del término "pueblos" y sus consecuencias políticas y jurídicas, a los efectos sobre la propiedad minera del Estado chileno en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio, y a la aplicación de la costumbre indígena en materia penal de acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 del Convenio. Luego, en el Senado (2000-2008), la discusión se centró, especialmente, en el concepto de

ya se había producido durante la discusión parlamentaria de la Ley Nº 19.253 de 1993, que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, que se inició por mensaje del ejecutivo en de octubre del año 1991<sup>68</sup>.

En el primer informe de la Comisión Especial creada para el estudio de legislación referida a los Pueblos Indígenas<sup>69</sup> se deja constancia que con fecha 13 de agosto de 1992, se adoptó el "Acuerdo marco sobre ley indígena" entre parlamentarios y el ejecutivo, debido a las importantes diferencias conceptuales o de enfoque existente entre las diversas corrientes políticas representadas, lo que hizo necesario llegar a ciertos acuerdos al respecto<sup>70</sup>. Hablar de pueblos o de etnias marcaba una gran diferencia, porque se asociaba, tal como ocurría en la esfera internacional, el derecho a la autodeterminación con el concepto de pueblo<sup>71</sup>. Por tal razón el acuerdo consideraba nombrar a cada una de las agrupaciones y denominaciones indígenas del país, en lugar de referirse de modo genérico a ellas como pueblos indígenas, tal como decía el mensaje. Producto de este pacto político, el ejecutivo presentó una indicación, acompañando un texto sustitutivo al proyecto original presentado, reemplazando la frase "pueblos indígenas" por la de "etnias indígenas" o simplemente "indígenas". La identificación de los términos pueblo, autodeterminación y secesión, guió la discusión legislativa al asumirse una unión indisoluble entre el uno y el otro. Reconocer la calidad de pueblos a los indígenas implicaba, para un grupo de parlamentarios, reconocer su derecho a formar otro estado dentro del Chileno<sup>72</sup>. Finalmente la

<sup>&</sup>quot;pueblos" y en los efectos del artículo 35 del Convenio en relación a la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Si bien el trámite legislativo de la llamada Ley Indígena comenzó casi un año después que el del Convenio, su discusión en Sala en la Cámara de Diputados comenzó con fecha 21 de enero de 1993. El Convenio, en cambio, lo hizo recién el año 2000. De allí que se sostenga que la controversia sobre el concepto de "pueblos indígenas" ya se había producido en el parlamento chileno.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Esta Comisión fue constituida el 14 de enero del año 1992, para hacer el estudio de la legislación que se refiriese a los indígenas o minorías étnicas existentes en Chile.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Historia de la Ley Nº 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Primer informe de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas, pp. 72-73, disponible en www.bcn.cl.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Al respecto, reveladora resulta la intervención del Senador Ramón Pérez, quien señala "es de esperar que (el debate) sea orientado hacia el desarrollo de esas etnias, que forman parte de nuestra idiosincrasia, y no se aplique desde la óptica de crear odiosas discriminaciones separatistas entre nosotros, como si dentro del país existieran dos pueblos, el chileno y el indígena. Ese fue el pensamiento que guió a los parlamentarios de Renovación Nacional quienes fuimos insistentes en eliminar el título de 'pueblos indígenas' por esas razones". *Historia de la Ley Nº 19.253*, cit. nota n. 70, p. 184.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Al respecto el Senador Sinclair, en forma previa a la votación en general del proyecto de ley en el segundo trámite constitucional en el senado, refiriéndose al uso del término "pueblos indígenas" en la iniciativa, señaló "su discrepancia al uso de estos términos en el proyecto, toda vez que la totalidad de los

Ley Nº 19.253 no utilizó el término "pueblos", sino etnias, tal como se había acordado en el Senado.

Retomando la tramitación de la ratificación del Convenio Nº 169 en Chile, la controversia sobre el término pueblos y su relación con el derecho a la autodeterminación y la secesión se mantiene. Esa idea de unión indisoluble que se mencionó más arriba, quedó plasmada claramente en el mensaje, señalando, a propósito de la salvaguarda al vocablo "pueblos" que el Convenio contiene en el artículo 1.3, que "la intención u objetivo manifiesto del convenio es no crear situaciones, no obstante la reglamentación propuesta, que puedan poner en peligro la unidad de los Estados o su integridad territorial [...] el Convenio, está sirviendo de freno a cualquier tendencia separatista [...] Un mayor respeto a los particularismos étnicos o culturales facilitará la libre expresión de estos grupos haciendo inconducentes las alternativas separatistas o disociadoras"<sup>73</sup>.

habitantes del territorio nacional integran el pueblo chileno, que es uno y único, siendo absolutamente inadecuado, desde un punto de vista geopolítico, la aceptación, tácita, de la existencia de pueblos aborígenes o indígenas en el interior del territorio" lo que motivó que en el acta de la comisión del Senado se consignara lo siguiente "La comisión, a pesar de reconocer la existencia de ciertas culturas de origen diferente en nuestro país, que, no obstante, ha servido para la formación de nuestra cultura nacional, acordó en forma unánime, acoger los planteamientos antes formulados, reemplazando la utilización de la expresión 'pueblos indígenas' por la expresión 'etnias indígenas'". Historia de la Ley Nº 19.253, cit. nota n. 70, p. 299. La intervención del Senador Díaz, repite las ideas señaladas por los Senadores Pérez y Sinclair, al sostener "Quiero recalcar también que el universo favorecido con esta legislación sobrepasa los 800 mil chilenos; y advierto que no hago referencia a 'pueblos indígenas' sino a 'chilenos'. Subrayo esto, porque no se trata de pueblos. El pueblo chileno es uno solo". Historia de la Ley Nº 19.253, cit. nota n. 70, p. 448. Con una visión distinta, el Senador Núñez señaló que "sigue convencido de que Chile es un país plurinacional, y de que existen otras naciones y pueblos que son la expresión misma de su ser más íntimo [...] no puede confundirse la igualdad formal o jurídica, con la realidad de las cosas [...] Reconocer la diferencia no significa privilegiar ni discriminar, sino fomentar las bases mínimas de la igualdad, sin imponer otra cultura". Historia de la Ley Nº 19.253, cit. nota n. 70, pp. 437-432.

<sup>73</sup> En el mismo sentido, el mensaje del proyecto de reforma constitucional que buscaba el reconocimiento de los pueblos indígenas, presentado por el mismo Presidente en el año 1991, se señalaba que "la expresión 'pueblos' no se utilizaba en el sentido de 'titular' de la soberanía nacional o de su ejercicio, que le asignan el derecho político y el derecho internacional". En el informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados sobre el Convenio, se dejó plasmado que para las organizaciones indígenas el concepto de 'pueblo' resulta más apropiado, porque incorpora el territorio y la conciencia étnica como elemento diferenciador, razón por la cual, en los Estados multiétnicos, la población es el conjunto de pueblos que se encuentran bajo la soberanía de un Estado. Y para que tal concepto pueda ser usado sin que se entienda referido al derecho a la libre determinación de los pueblos, es que durante los trabajos preparatorios del Convenio se estimó necesario incluir la salvaguarda del artículo 1.3 ya señalada. Esta idea se ve reforzada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la misma Cámara, con lo informado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que, citando las Resoluciones Nº 1.514, sobre Concesión de la Independencia a los Pueblos Coloniales, y Nº 2.625 ambas de la de la Asamblea General de las Naciones Unidas, señaló que los pueblos indígenas integrados en un Estado independiente, como es el caso chileno, no pueden considerarse, a la luz del derecho internacional, como titulares de una subjetividad internacional distinta del Estado al que pertenecen. El temor al ejercicio de derechos, ya no de parte de individuos indígenas, sino de pueblos indígenas, y a los efectos, jurídicos y políticos, que ello pudiera provocar dentro del Estado chileno<sup>74</sup>, motivó a que el ejecutivo propusiera la ratificación del Convenio acompañada de una declaración, idea que ya había manifestado en el mensaje. Su contenido fue revelado ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados por el representante del Gobierno, quien señaló que la declaración era necesaria para compatibilizar las normas del convenio con el derecho interno. El texto revelado hacía referencia, entre otros aspectos, a que el reconocimiento de los derechos contenidos en el Convenio "no puede implicar el otorgamiento a esos pueblos de la calidad de sujeto de derecho internacional; que el ejercicio de los aludidos derechos no

Historia del Decreto N° 236 que Promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, Boletín N° 233-10 (I), Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Recaído en el Proyecto de Acuerdo que aprueba el Convenio N° 169, p. 11, disponible en www.bcn.cl. "La Resolución N° 1514, sobre Concesión de la Independencia a los Pueblos Coloniales, señala que el principio de libre determinación quedó identificado en su sentido de un derecho a un gobierno propio, con las luchas de liberación de los pueblos coloniales en territorios no metropolitanos, el que nunca podrá entenderse, al tenor de la resolución 2625, que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos o independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos". Historia del Decreto N° 236 que Promulga el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, Ministerio de Relaciones Exteriores, Oficio N° 8.335, del 28 de abril de 1994, citado en el Boletín N° 233-10. Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana recaído en el Proyecto de Acuerdo Aprobatorio del Convenio N° 169, p. 26, disponible en www.bcn.cl.

<sup>74</sup> Un ejemplo de estos temores se encuentra en la intervención del Diputado Gustavo Alessandri en la discusión en Sala: "Si no queremos la independencia de la isla de Pascua, la paralización de la minería a través de los aimaras y atacameños -a quienes, a pesar de ser tan pocos, se les está vitalizando con una campaña de odios y rencores-; si no deseamos más agitación y muertes en los entornos mapuches, debemos implementar, con urgencia, una política de integración y no de segregación de los indígenas [...] el Convenio OIT Nº 169 es altamente perjudicial para la unidad de los chilenos y su sentido de nación, porque crea claramente una división, atendiendo a conceptos espurios de raza sepultados en el siglo pasado bajo los escombros del nazismo". El diputado Harold Fossa agrega: "Mi interpretación, como la de muchos que he consultado, es que categóricamente contiene una idea de independencia, de pueblo, de un estado dentro de otro, y esto, a mi juicio, es inadmisible". Cámara de Diputados. Legislatura 341, Sesión 35, 23 de marzo, 2000. El Diputado Gonzalo Ibáñez sostuvo "debemos rechazar sin vacilaciones la táctica que trata de construir para ellos un verdadero apartheid: grupos étnicos que deberán encerrarse en guetos [...] que están obligados a congelarse en hábitos y costumbres que [...] han sido resucitados para las cámaras de televisión extranjeras; que están obligados a mantenerse en situación de miseria para [...] generar sustanciosos ingresos por donativos que [...]nunca verán, porque su destino será sostener las burocracias internacionales que viven de estos conflictos", agregando que "Lo único que puede resultar de la aplicación de este Convenio [...], es dar pie para que nuestro país sea objeto de una nueva intervención proveniente de esta legión de personas y organismos que, por dentro de nuestras fronteras y fuera de ellas, sólo busca desestabilizar y crear condiciones de caos y anarquía, porque es en esas condiciones en que ellos se solazan". Cámara de Diputados. Legislatura 341, Sesión 39, 11 de abril, 2000.

puede constituir privilegios ni afectar los derechos de los demás miembros de la comunidad nacional o la integridad territorial de la República; que, por todo lo anterior, los habilitados para ejercer los mencionados derechos dentro del marco de lo expuesto son sólo los individuos de dichos pueblos y no éstos"<sup>75</sup>.

La Cámara de Diputados, con fecha 11 de abril de 2000, aprobó íntegramente el proyecto de acuerdo presentado, teniendo presente el compromiso del Ejecutivo de ratificar el Convenio con la declaración ofrecida en el mensaje, compromiso que fue reiterado por sus representantes ante la Cámara.

La revisión del Convenio por el Senado se inició el 11 de enero del año 2008. En esta etapa surgió una nueva preocupación, ya que, el año 2007, se había adoptado, y votado favorablemente por Chile, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto, como ya se señaló, es más avanzado que el Convenio. La preocupación es bien ilustrada por el Director del Departamento de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Hernán Salinas, quien informó ante la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado que el artículo 35<sup>76</sup> del Convenio es particularmente complicado si se considera la adopción de la Declaración por

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Historia del Decreto № 236 que Promulga el Convenio № 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, Boletín Nº 233-10. Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana recaído en el Proyecto de Acuerdo Aprobatorio del Convenio Nº 169, pp.31-32 disponible en www.bcn.cl. La postura del Gobierno, relativa a la naturaleza individual y no colectiva de los derechos contenidos en el Convenio, se mantiene a lo largo de la discusión parlamentaria. El año 2000, la Ministra de Planificación de aquel entonces, al dirigirse a la Cámara de Diputados señaló: "Así, los habilitados para ejercer los derechos son los individuos de los pueblos, pero en ningún caso éstos. Queremos ser muy explícitos en esta materia, para los efectos de la historia de la aprobación del Convenio" agregando que "[...] no obstante el reconocimiento de que en su interior se encuentran poblaciones indígenas, existe un solo pueblo, tanto en orden a su estructura política interna como desde el punto de vista de la proyección de éste en el campo internacional. Es perfectamente posible que en la sociedad nacional coexistan diversos sectores -entre sus habitantes- que reúnan características atribuidas a los pueblos según el convenio [...] sin embargo, seguiremos siendo una única nación". Cámara de Diputados, Legislatura 341, Sesión 39, 11 de abril, 2000. Un punto de vista opuesto manifestó el Diputado Enrique Jaramillo en la discusión en sala, a pesar de pertenecer a la coalición política gobernante en ese momento. El Diputado sostuvo que "El Convenio Nº 169 [...] hace justicia a los pueblos indígenas, al permitirles constituirse en sujetos de derecho por sí mismos, esto es, como conjunto de personas y de manera colectiva, por su sola existencia como tales". Cámara de Diputados. Legislatura 341, Sesión 35, 23 de marzo, 2000. En la misma línea el Diputado Juan Pablo Letelier, también perteneciente al oficialismo, señaló "entiendo que este convenio reconoce a los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional". Cámara de Diputados. Legislatura 341, Sesión 39, 11 de abril, 2000. Más allá fue el Diputado Urrutia al afirmar que "[...] sería bueno decirles a los pueblos indígenas que estamos dispuestos [...] a ayudarlos a controlar sus propias instituciones [...]". Cámara de Diputados. Legislatura 341, Sesión 33, 21 de marzo, 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Artículo 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Naciones Unidas y el voto favorable de Chile, porque "la Asamblea General podrá discutir cualquier asunto o cuestión dentro de los límites de la Carta ONU. Además, podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de las Naciones Unidas", por lo que podría interpretar, que la aplicación de las normas del Convenio no podrá menoscabar los derechos y ventajas garantizados, entre otros instrumentos, por "la recomendación aprobada recientemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de pueblos indígenas"<sup>77</sup>.

La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, con el objeto de impedir que se pueda incorporar el contenido de la Declaración de la ONU en virtud de lo señalado en el artículo 35 del Convenio, propuso al Ejecutivo, quien aceptó la solicitud, la presentación de una declaración interpretativa al respecto, la que debía señalar que tal artículo "sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" 78.

Posteriormente, el Gobierno de Chile consultó a la OIT sobre el alcance del artículo 35 del Convenio, evidenciando su preocupación sobre el tema. La organización señaló, según se consigna en las actas de sesión de la sala, que "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".

Finalmente, el proyecto de acuerdo fue aprobado por el Senado con fecha 4 de marzo de 2008, teniendo expresamente en cuenta las declaraciones comprometidas por el Ejecutivo referidas al artículo 35 del tratado. Sin embargo, el Convenio fue ratificado sin las declaraciones comprometidas por el Ejecutivo ante la Cámara de Diputados y ante el Senado.

El 8 de agosto de 2008 se efectuó un primer depósito del instrumento de ratificación, al que se acompañó una referencia al intercambio epistolar entre el Gobierno y la OIT, a propósito del alcance del artículo 35 del Convenio. Tal hecho implicó una violación del artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, por lo que se exigió a Chile un nuevo depósito que se limitara a la ratificación, lo que ocurrió el 15 de septiembre de 2008<sup>79</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, pp. 264-265.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, p. 275.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> SILVA, Hernando. "El largo proceso de tramitación para la aprobación del Convenio Nº 169", en VVAA., "Las implicancias de la Ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Programa de derechos de los Pueblos Indígenas, 2º edición revisada y aumentada, 2010, p. 65. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 10/01/2012].

## 2.3. Recepción interna del Convenio Nº 169

La revisión de los textos nacionales da cuenta de que las aprensiones<sup>80</sup> que subyacen a las opiniones de los autores, son casi idénticas a las que se revelaron durante la discusión del Convenio en la OIT, la confección de la Declaración de la ONU, la creación de la Ley Indígena y la larga revisión parlamentaria del Convenio en Chile. Aprensiones sobre el alcance del concepto de pueblos, su relación con el derecho a la libre determinación, y los efectos que ello pudiera producir en la estructura político-administrativa del país y en los derechos de los no indígenas, aparecieron tempranamente, como muestra la historia legislativa de la Ley Nº 19.253 y del Convenio en el parlamento.

Otros, más recientes, y como efectos de las preocupaciones anteriores, dicen relación con el derecho de consulta previa y participación de los pueblos indígenas, y los efectos que su opinión puede tener, especialmente, cuando se trata de proyectos de inversión, lo que se relaciona directamente con el reconocimiento de los grupos indígenas como pueblos con derecho a decidir, entre otras cosas, sobre su propio desarrollo, como una manifestación del derecho a la libre determinación que les asiste. Diversas acciones de protección constitucional han sido interpuestas por comunidades indígenas o personas indígenas reclamando la violación del derecho a la consulta previa en procesos de evaluación ambiental, los cuales, a pesar de contar en varios casos con fallos favorables en primera instancia, han sido rechazados por la Corte Suprema a través de un análisis de cumplimiento de las normas administrativas que regulan el Sistema de Evaluación Ambiental de la Ley Nº 19.300, considerando el impacto "ambiental" que los proyectos de inversión producen, y no el impacto en la cosmovisión o cultura de los pueblos indígenas del sector, o en el tipo de desarrollo al que ellos aspiran, reduciendo el derecho a la consulta previa a la etapa de participación ciudadana de la ley medioambiental<sup>81</sup>. Lo que vuelve aún

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Lucas Sierra ha señalado: "Me parece que la incorporación del Convenio Nº 169 (C169) al sistema jurídico chileno es una decisión delicada, pues envuelve riesgos institucionales. No obstante, es una decisión que ya se tomó, por lo que ahora cabe entender el C169 de una manera que reduzca lo más posible la posibilidad de esos riesgos [...] Los riesgos son más bien institucionales [...] pueden dividirse en dos: los asociados a problemas de igualdad y los relacionados con el artículo 5 de la Constitución Política" refiriéndose a si el Convenio es no un tratado de derechos humanos. SIERRA IRIBARREN, Lucas, "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2010, p. 54. En http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/03-SIMPOSIO-DDHH\_2010.pdf. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Ejemplo de ello es la fallo recaído en el Recurso de Protección que dio lugar al denominado Caso Lof Palguín con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía. La Corte de Apelaciones de Temuco había acogido la acción deducida por dos comunidades indígenas que reclamaban la ilegalidad de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del año 2009, que calificó favorablemente la declaración de impacto ambiental del proyecto "Piscicultura Palguín" que pretendía construir una

más compleja esta situación es la marcada tendencia internacional de reconocer y hacer valer el derecho de propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales<sup>82</sup>, tendencia iniciada con la paradigmática sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso "Comunidad Awas Tigni Mayagna (Sumo) con la República de Nicaragua"<sup>83</sup>.

piscicultura ochocientos metros aguas arriba por el Río Palguín, zona en la que habitan cerca de 310 familias indígenas pertenecientes a las comunidades recurrentes. El recurso se basaba, entre otros argumentos, en la vulneración del deber de consulta establecido en el Convenio Nº 169 por el organismo recurrido. El fallo de primera instancia acogió la acción declarando ilegal la RCA por no haber realizado el trámite de la consulta a los recurrentes, entendiendo que la norma del convenio es autoejecutable, y su cumplimiento un imperativo para el Estado. La Corte Suprema, el año 2010, revocó la sentencia, señalando que la participación ciudadana establecida en la Ley de Bases del Medio Ambiente, a la que asimila el deber de consulta previa, es obligatoria sólo en el caso de estudios de impacto ambiental y no en el caso de declaraciones, por lo que la resolución recurrida se ajustaba a derecho. El razonamiento legal-administrativo que realiza la Corte Suprema, y que se ha mantenido hasta hoy, se expresa claramente en los siguientes considerandos: "UNDÉCIMO: [...] Si en el caso que nos ocupa se hubiere determinado que el proyecto de piscicultura a desarrollarse en el sector de Palguín produce alguno de los efectos o consecuencias contemplados en el artículo 11 de la Ley 19.300, deviene inexorablemente en el rechazo a la Declaración de Impacto Ambiental presentada por la empresa y su sustitución por un Estudio de Impacto Ambiental, procedimiento que obliga a considerar la participación ciudadana, en especial de las organizaciones ciudadanas y personas naturales afectadas; DUODÉCIMO: Que, como se aprecia, en el evento de existir la afectación que supone la consulta prevista en el Convenio Nº 169, ello hubiese significado –de manera indefectible– que concurren los efectos ambientales negativos que detalla el artículo 11 de la Ley de Bases del Medio Ambiente y, por tanto, se tornaba indispensable un Estudio de Impacto Ambiental, cuya regulación implica otorgar a la comunidad interesada instancias plenas de participación; DÉCIMO TERCERO: Que, en consecuencia, habiéndose concluido en este procedimiento específico de evaluación de impacto ambiental que no era necesario la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental por no reunirse los requisitos para ello, particularmente algún grado de afectación directa de las comunidades reclamantes, la autoridad recurrida sólo podía actuar de la forma en que lo hizo, habida consideración de la debida fundamentación entregada por los órganos públicos que intervinieron desde su competencia sectorial respecto del cumplimiento de la normativa ambiental;". Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 17 de mayo de 2010, caso rol Nº 1.525.

Así lo hace ver Nancy Yáñez al referirse al denominado "Fallo Toconce" del año 2004, en el que la Corte Suprema ratificó los argumentos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que le permitieron acoger la demanda deducida por la Comunidad Indígena de Toconce en la cual requerían el reconocimiento de la propiedad ancestral indígena sobre las aguas. La Corte concluyó que tal propiedad existe y deriva de prácticas consuetudinarias, constituyendo dominio pleno. Yáñez Fuenzalida, Nancy, Fallo de la Corte Suprema reconoce a atacameños derechos de propiedad ancestral sobre sus aguas. En http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\_infinteresante/fallo%20propiedad%20 ancestral%20aguas.htm. [Visitado el 12/01/2011]. El considerando tercero del fallo de la Corte Suprema resulta revelador al señalar "los sentenciadores concluyeron que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, agregaron, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico".

<sup>83</sup> Se trata del primer caso sobre derechos de los pueblos indígenas, como derecho específico y colectivo, que se sometió a su conocimiento. La sentencia implica un avance histórico en el reconocimiento del

A los anteriores reparos se debe agregar otro grupo de discusiones que tienen que ver con la jerarquía normativa que se le asigne al Convenio Nº 169, con su categorización como tratado de derechos humanos de aquellos a los que se refiere el artículo 5º de nuestra Constitución Política; y la calidad de autoeje-

derecho a la tierra de los pueblos indígenas al señalar que: "los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párrafo 149. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\_79\_esp.pdf. Visitado el 18/01/2011. En palabras de Nash Rojas, la sentencia interpretó el derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la Carta a la luz de las especiales características del derecho de propiedad de la tierra para los indígenas. En primer lugar, determinó que, conforme a las normas interpretativas aplicables (artículos 21 y 29.b de la Carta, además de los trabajos preparatorios de la Convención y la propia legislación interna de Nicaragua), la Corte podía comprender dentro de la protección del artículo 21 el derecho a la propiedad en el marco particular del derecho de "propiedad comunal" consagrado en la legislación interna de Nicaragua. El autor destaca ese primer punto, ya que la Corte realizó una interpretación progresiva del derecho de propiedad, en cuanto lo utilizó a la luz de las necesidades del caso concreto, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad, es decir, como un derecho típicamente individual, a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de propiedad, como un derecho de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares. Añade que del análisis que la Corte realiza es importante subrayar dos cuestiones, la primera, que tiene que ver con el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra en el marco del art. 21.1 de la Carta, fijando como núcleo del derecho la titularidad grupal y comunitaria sobre la tierra, acorde con los criterios generales desarrollados internacionalmente en esta materia. Y segundo, la Corte va más allá de la sola fijación del contenido del derecho de propiedad y hace un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado y su transmisión a las generaciones futuras, recogiendo una nueva visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural. Esta idea es reiterada en el informe de la Comisión Interamericana en el denominado Caso Dann y en el Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice. Nash Rojas, Claudio. Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. En http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20 Nash.pdf. [Visitado el 18/01/2011]. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No 75/02 caso 11.140 fondo "Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos". En http://www.cidh. oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm. [Visitado el 18/01/2011]. El Informe Nº 40/04 Caso 12.053 sobre la demanda interpuesta por las Comunidad Mayas contra Belice, la Comisión señala en el Párrafo 114 "Más particularmente, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales", COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nº 40/04 caso 12.053 fondo "Las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice". En http://www. cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm. [Visitado el 18/01/2011].

cutable o self excuting o autoaplicable de sus normas, lo que conecta con otra controversia: ¿quién puede determinar el contenido de los derechos recogidos en tratados internacionales?, ¿el legislador, el Tribunal Constitucional y/o los Tribunales Ordinarios de Justicia?, ¿o un organismo internacional?

A continuación se analizará estos discutidos aspectos en el orden en que han sido mencionados.

### 2.4. El derecho a la libre determinación desde la mirada chilena

El derecho a la autodeterminación está contenido, como ya se mencionó, en el artículo 1.2<sup>84</sup> y 55<sup>85</sup> de la Carta de las Naciones Unidas, con idéntico texto en el artículo 1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales<sup>86</sup> y en el Artículo 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Zalaquett ha dicho que este derecho "o el derecho a un estatus de autonomía política levantan el espectro del debilitamiento de la soberanía, la fragmentación del Estado o de 'una nación dentro de otra nación'"<sup>87</sup>.

Encontramos concepciones sobre tal derecho que no se reconocen claramente en varias opiniones, y que se alejan de la sostenida por la gran mayoría de los líderes indígenas, de la doctrina y jurisprudencia internacional en la materia. Un buen ejemplo de ello se encuentra recogido en las intervenciones efectuadas por distintos líderes indígenas durante la tramitación del Convenio Nº 169 en el Senado el año 2008<sup>88</sup>. La gran mayoría de ellos manifestó la intención de sus pueblos de desarrollarse dentro del Estado de Chile, respetando sus leyes. Sin embargo, los legisladores y el ejecutivo siguieron preocupados por el asunto de

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Artículo 1: "Los Propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal".

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Artículo 55: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Artículo 1.1: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> ZALAQUETT, "La Declaración", cit. nota n. 45, p. 143.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, pp. 213-277.

la secesión, a tal punto, que concordaron la presentación de una declaración junto a la ratificación del Convenio, con el objeto de morigerar los efectos de la recién adoptada Declaración de la ONU que contiene menciones expresas al derecho a la libre determinación.

Al respecto, Valdivia asume que el derecho a la libre determinación de los pueblos es un derecho a la secesión, al señalar, a propósito del análisis de las consecuencias políticas derivadas de la aplicación del Convenio Nº 169 que "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" agregando que "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"89.

Fernández y de la Piedra señalan, a propósito de la salvaguarda incorporada en el artículo 1.3 del Convenio, que "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"<sup>90</sup>. En el mismo sentido opina Mereminskaya<sup>91</sup>.

En una postura intermedia, Montt y Matta señalan que uno de los pilares fundamentales del Convenio Nº 169 es el principio de libre determinación<sup>92</sup>. Precisan que, en su opinión, el Convenio no reconoce expresamente que los pueblos indígenas gozan del derecho a la libre determinación del artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Valdivia, José Miguel, "Alcances jurídicos del Convenio Nº 169", *Estudios Públicos* Nº 121, Verano 2011, p. 62. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4765.html. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> Fernández Alemany, Andrés y De La Piedra Ravanal, Cristhian, "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", *Estudios Públicos* Nº 121, verano 2011, p. 85. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4766.html. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> MEREMINSKAYA, "El Convenio", cit. nota n. 1, p. 222.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Los autores basan tal afirmación en el texto del preámbulo del Convenio "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" y en el artículo 7.1 del mismo "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".

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>93</sup>, no así la Declaración de la ONU, que sí lo reconoce de modo expreso precisando, en el artículo 46, que no puede 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".

Otra parte de la doctrina señala que el Convenio Nº 169 reconoce el derecho a la libre determinación que asiste a los pueblos indígenas como el derecho a la autonomía, o concretado en autonomía como dice Aylwin<sup>94</sup>. Meza-Lopehandía agrega que el derecho a la autonomía territorial es una especie de derecho territorial reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, como una forma de concreción legítima del derecho a la autodeterminación o autogobierno de los pueblos indígenas, excluyendo la secesión, y que implica el derecho de aquellos a conservar sus propias instituciones jurídicas en todos los ámbitos de la vida social que sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en el orden nacional e internacional<sup>95</sup>. López Barcenas señala que este derecho de autonomía explica que los movimientos indígenas no sólo exijan derechos individuales sino también derechos colectivos<sup>96</sup>.

Entonces, aclarar que cuando se habla del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no se hace referencia al derecho de tales pueblos a formar un nuevo estado dentro del estado chileno, podría evitar, en alguna

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> En la misma línea CORONA DE LA PEÑA, Claudia, "Planteos de autonomía en América Latina", *Revista Nueva Sociedad* N° 147, enero-febrero 1997, pp. 146-159. En http://www.nuso.org/upload/articulos/2570\_1.pdf. [Visitado el 18/01/2011].

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> El autor señala "Actualmente, el derecho internacional reconoce explícitamente, tanto por la juris-prudencia de sus principales organismos como por la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que los pueblos indígenas tiene los mismos derechos que cualquier pueblo, incluyendo la autodeterminación concretada en autonomía". AYLWIN, José, "El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas", en VVAA., "Las implicancias de la Ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Programa de derechos de los Pueblos Indígenas, 2º edición revisada y aumentada, 2010, p. 11. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 10/01/2012].

<sup>95</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2010, p. 59. En http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/03-SIMPOSIO-DDHH\_2010.pdf. [Visitado el 15/05/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> En ese sentido es que el Estado de Oaxaca de México ha reconocido tal derecho en el artículo 16 de su Constitución Federal con el siguiente texto: "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 tiene 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". En la misma línea CORONA, "Planteos", cit. nota n. 93.

medida, las diversas y a veces forzadas interpretaciones que se realizan de las normas del Convenio motivadas por el temor a la secesión.

Ello permitiría también que el Estado Chileno cumpla con el mandato contenido en el artículo 31 de la Convención de Viena, e interprete el Convenio de buena fe conforme al sentido ya señalado, que también lo dota de objeto y fin.

Fuertes razones hay para eso si se considera, además, lo que dice Seelau a propósito del análisis de las políticas implementadas en EE.UU. respecto de sus pueblos indígenas. La autora señala que "el caso estadounidense demuestra que la libre determinación es la única política indígena que ha sido exitosa en dicho país" porque "la superación de la pobreza indígena en dicho país sólo ocurrió o fue posible tras el reconocimiento de la libre determinación" <sup>97</sup>, sin que ello requiriera o provocara la creación de nuevos estados.

3. EL CONVENIO COMO TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, SU JERARQUÍA NORMATIVA, LA AUTOEJECUTABILIDAD DE SUS NORMAS Y LOS ORGANISMOS QUE DEBEN FIJAR SU CONTENIDO

Otra de las discusiones que han surgido para la interpretación y aplicación del convenio tiene que ver con su jerarquía normativa, que estaría dada, entre otros factores, por su estatus de tratado internacional de derechos humanos, y para algunos, de aquellos derechos humanos que limitan la soberanía del Estado de acuerdo al artículo 5º de nuestra Constitución Política. Dilucidar lo anterior determinará el mayor o menor impacto del Convenio Nº 169 en el ordenamiento jurídico chileno.

En la discusión relativa a la categoría de derechos humanos de las normas del Convenio Nº 169, surge una discusión mayor: el problema de la titularidad de los mismos. ¿Pueden ser titulares de derechos humanos personas distintas a los individuos aisladamente considerados?, en este caso ¿pueden ser titulares de derechos humanos los pueblos indígenas? La doctrina chilena tiene distintas visiones al respecto, como se verá a continuación.

Para Valdivia "Por la impronta cosmopolita de los derechos que la Ilustración imaginó como inherentes a todo hombre, resulta difícil considerar que las herramientas contempladas en el Convenio Nº 169 integren la categoría clásica de derechos humanos"98. Frente a la interrogante de si los derechos del

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> THE PROJECT FOR INDIGENOUS SELF-DETERMINATION 2010. Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile: Aprendizajes de las experiencias indígenas en Estados Unidos y su posible aplicabilidad en Chile, 2010, p. 5. En http://www.libredeterminacion.org/investigacion/wp01ESP.html. [Visitado el 28/12/2011].

<sup>98</sup> VALDIVIA, "Alcances", cit. nota n. 89, p. 47.

Convenio son derechos emanados de la naturaleza humana según el texto del artículo 5º de la CPR99 afirma: "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"100. Agrega que, con el objeto de obviar la conclusión anterior, algunos han propuesto el argumento de que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas serían derechos humanos de tercera generación, concepto que considera impreciso y discutido en el campo de la filosofía del derecho. Concluye que "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 Nº 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"101. Esta idea no explica el fenómeno de especificación de derechos humanos del niño, de las mujeres o de los discapacitados.

Para Montt y Matta el Convenio es, desde el punto de vista del derecho internacional, uno de los capítulos más recientes del derecho internacional de los derechos humanos. Para estos autores "El estatus de derechos humanos es consecuencia directa de la deuda histórica que las distintas naciones tienen con sus pueblos indígenas"<sup>102</sup>. Se trata de derechos humanos no individuales sino colectivos, que se le reconoce a los indígenas en tanto pueblos y sólo mediatamente en cuanto individuo, con el objeto de proteger de modo especial la identidad cultural y las formas de vida. Los autores se hacen cargo de las críticas que algunos académicos realizan frente a la noción de derechos humanos colectivos de pueblos indígenas, al señalar que todos ellos pue-

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Este autor señala que el actual texto del artículo 5° de la CPR se forjó "En las postrimerías de la dictadura, al negociarse ciertas garantías institucionales para el tránsito de la democracia". Califica tal reforma como no rigurosa, lo que permitió, a su juicio, "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", p. 47.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> Valdivia, "Alcances", cit. nota n. 89, p. 47.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Valdivia, "Alcances", cit. nota n. 89, p. 49.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 139.

den reconducirse a derechos humanos de corte individual como la libertad, visión que no comparten, ya que para ellos, en términos lógicos, bastaría con proteger la dignidad, la igualdad y la libertad y todo lo demás podría deducirse de ellos<sup>103</sup>. Precisan que, desde una perspectiva internacional, a tal categorización responden inequívocamente los artículos 6, 7 y 15.1 del Convenio.

Para responder a la pregunta ¿los derechos del Convenio son derechos emanados de la naturaleza humana según el texto del artículo 5º de la CPR?, los autores responden negativamente a la pregunta, estimando que los derechos del Convenio no se reconocen en razón de ser individuos de la especie humana, sino en razón de pertenecer a pueblos indígenas, otorgándole a la idea de "derechos que emanan de la naturaleza humana" un significado determinado: que la naturaleza es una y que es independiente del contexto cultural en la que se inserte. La postura de Correa no es compartida por los autores, quienes sostienen que si el Congreso y el Presidente de la República de Chile estimaban que estaban ratificando un tratado de derechos humanos, debe entenderse que el Convenio es un tratado sobre derechos humanos.

Por otro lado, Sierra señala que hay buenas razones para no considerar el Convenio como un acuerdo de derechos humanos, y que es tarea de guienes sostienen que es un instrumento de derechos humanos, en los términos de artículo 5º de la Constitución Política, persuadir en el sentido de que sus disposiciones consagran "derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana". El autor se pregunta: ¡Es el derecho a ser consultado en un procedimiento sobre una decisión que pueda afectarme de alguna manera, un derecho igual al derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad de expresión? A su juicio, estimar que las normas del Convenio son de aquellas a las que se refiere el artículo 5º de la CPR provoca el problema de que el Convenio "y sus generales disposiciones se ponen por encima de la potestad legislativa, es decir, se ponen por encima del juego político en democracia. Y, por este medio, ponen por encima del juego a los jueces constitucionales, planteando, con renovada fuerza, el problema clásico de la anomalía democrática que envuelve la revisión judicial"104, problema que transversal y no exclusivo de la interpretación que se de al Convenio Nº 169.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 139.

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> SIERRA IRIBARREN, Lucas, "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2010, p. 54. En http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/03-SIMPOSIO-DDHH\_2010.pdf. [Visitado el 15/05/2012].

Para Aylwin<sup>105</sup> y Carmona<sup>106</sup>, el Convenio es un tratado internacional de derechos humanos de aquellos que limitan la soberanía del Estado chileno de acuerdo al artículo 5º de la CPR.

La importancia de considerar que el Convenio es un tratado de derechos humanos, y si es de aquellos que emanan de la naturaleza humana (para algunos), radica en el efecto que produce en el ordenamiento jurídico chileno de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° de la CPR.

Si se estima que se trata de un instrumento de derechos humanos de aquellos que limitan la soberanía del Estado de Chile, sus normas pasan a integrar, para una parte de la doctrina, el denominado "bloque de constitucionalidad". Ello significa para el Poder Legislativo, entre otras cosas, que en el ejercicio de su potestad legisladora no podrá dejar sin efecto la aplicación del Convenio o afectar en su esencia los derechos que él contiene. Para el Poder Judicial implica, incorporar el Convenio y su contenido a la hora de interpretar y aplicar la legislación vigente de acuerdo al principio de conformidad con la Constitución, por lo que no podrá inaplicar las normas que se contrapongan a alguna disposición interna, salvo que se trate de una pugna con normas constitucionales, situación en que la mayoría de la doctrina chilena señala que prima el derecho interno.

La controversia sobre si el Convenio es o no un instrumento de derechos humanos, se entremezcla directamente con otras discusiones existentes en nuestro país. Quién debe precisar el contenido de los derechos reconocidos en tratados internacionales y ratificados por Chile; cuál es la jerarquía normativa de los tratados internacionales en nuestro país, y cuándo una norma contenida en un tratado internacional ratificado por Chile va a ser autoejecutable, son interrogantes que también rodean al Convenio. Las respuestas que se otorguen a estas interrogantes determinarán el grado de aplicación de las normas del tratado en Chile.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> AYLWIN, José, "El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas", en VVAA., "Las implicancias de la Ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Programa de derechos de los Pueblos Indígenas, 2º edición revisada y aumentada, 2010, p. 12. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 10/01/2012].

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> CARMONA, Cristóbal. "La aplicación del Convenio Nº 169 en el derecho comparado", en VVAA., "Las implicancias de la Ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Programa de derechos de los Pueblos Indígenas, 2º edición revisada y aumentada, 2010, p. 44. En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 10/01/2012].

## 3.1. Normas de desarrollo secundario. Tratados self executing y non self executing

La discusión sobre quién debe precisar el contenido de las normas del Convenio debe responder una interrogante anterior: ¿el contenido del Convenio puede ser aplicado directamente o requiere de una concreción interna? Esta controversia afloró durante la tramitación del Convenio en el Congreso. Para la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, los tratados internacionales obligan a los Estados que los ratifican a cumplir sus disposiciones, por lo que, "en el ámbito interno de cada país [...] éstos pasan a formar parte de los ordenamientos jurídicos de los estados que los hayan aprobado" 107. Una postura distinta y más cercana a la de Valdivia manifestó el Gobierno el año 2000, sosteniendo que las normas del Convenio están formuladas como "nuevas aspiraciones programáticas, entregadas a su realización en la medida de lo posible" que dan "origen a la obligación de adoptar normas legales encaminadas a concretarlas dentro de las bases generales de la Constitución" 108, postura que fue mantenida el año 2008, afirmando que se trata de normas que no son autoejecutables 109.

Una opinión contraria a la del Gobierno manifestó el grupo de diputados que presentó el requerimiento por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional el año 2000. Los parlamentarios señalaron en su escrito que el Convenio es un tratado internacional, que consagra derechos y obligaciones en el campo del Derecho Internacional como en el del Derecho Interno, y no un mero acuerdo político-programático carente de fuerza vinculante, tal como lo había dicho la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados al inicio de la tramitación legislativa. Fundamentaron su postura en que si las normas fueran sólo programáticas, la situación sería doblemente absurda, ya que, por un lado, se trataría de un mero convenio político que no "necesitaría del acuerdo del Congreso Nacional, y por el otro, las promesas de aclaraciones que ha formulado el Ejecutivo para concordar este tratado internacional con la Constitución

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, p. 53. También el aquel entonces Diputado Alejandro Navarro señaló en la discusión en sala "Cuando un país los ratifica, los convenios de esta naturaleza pasan a constituirse en ley de la república", Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, p. 53.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Historia del Decreto N° 236, cit. nota n. 75, p. 102. En el mismo sentido se pronunció el diputado Enrique Krauss durante la discusión en la Sala, señalando que, en su opinión, el Convenio no es un estatuto que pretenda sobreponerse o entrar en colisión con el derecho interno, ya que sus normas contienen disposiciones programáticas, que consisten en una invitación al legislador para que se preocupe de materias que no tienen fuerza legal ni imperio como para provocar la demolición, superación, o conflicto con la norma vigente, debiendo adecuarse la legislación interna que sea necesario rectificar, adecuar o complementar o adecuar, mediante la dictación de leyes por el Congreso, en la medida de lo posible, según el artículo 34 del Convenio. Historia del Decreto N° 236, cit. nota n. 75, pp. 90-91.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Historia del Decreto Nº 236, cit. nota n. 75, p. 274.

y el derecho interno serían innecesarias y superfluas". En las observaciones efectuadas al requerimiento por el ejecutivo, éste, fiel a su postura, señaló que el Convenio no ejecuta por sí mismo las medidas de que trata, sino que invita al Estado a ponerlas en ejecución, debiendo adoptarse de acuerdo al ordenamiento jurídico de cada Estado.

El TC, al resolver el requerimiento, precisa, en el punto 48 de su sentencia, que para aplicar internamente una norma contenida en un tratado internacional, se debe distinguir si se trata de cláusulas denominadas "self executing" o "non self executing". Define a las primeras como aquellas que gozan de un contenido y precisión que les permite ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. Se trata de normas autosuficientes, que ingresan a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las normas non self executing son conceptuadas por el Tribunal como aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, con ello, permita su aplicación como fuente del derecho interno, por lo que imponen al Estado la obligación de generar normas que les dé vigencia efectiva. A juicio del Tribunal, de las normas del convenio sometidas a su examen en el requerimiento, sólo son self executing o autoejecutables los artículos 6°, N° 1, letra a), y N° 2, y 7°, N° 1, oración segunda, por los términos imperativos o perentorios en que se encuentran redactados<sup>110</sup>.

Montt y Matta señalan que el problema de la jerarquía normativa del Derecho Internacional en el orden interno, no es un asunto que pueda resolverse recurriendo a reglas de Derecho Internacional<sup>111</sup> sino de Derecho Interno. Estiman que la respuesta a este problema está dada, por determinar si Chile es un país monista o dualista<sup>112</sup>, y si el Convenio es un tratado de derechos humanos o no.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de agosto de 2000, caso rol Nº 309.

Los autores se refieren a quienes recurren a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados para dar respuesta. Valdivia señala al respecto que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es una regla se sitúa en el ámbito de la responsabilidad internacional, no en el plano de la eficacia normativa del tratado, por tal razón, la descarta como argumento para sostener la aplicación inmediata de un tratado en el derecho interno. Valdivia, "Alcances", cit. nota n. 89, pp. 51-52.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> En palabras de los autores la teoría monista postula "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". En cuanto a las teorías dualistas señalan que éstas "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

Respecto de la primera cuestión, los autores precisan que actualmente nadie postula un dualismo o monismo radical. En su opinión es el dualismo el que, con matices, determina la forma correcta de abordar el problema, postulando que "si bien no existe una separación estricta entre los distintos órdenes, los Estados sí deben poder inaplicar el Derecho Internacional"<sup>113</sup>, tal como ocurre en la realidad comparada "pues casi todos los Estados inaplican el Derecho internacional cuando así lo determinan necesario"<sup>114</sup>, en materias como el comercio internacional, donde existen permanentes negociaciones entre los estados<sup>115</sup>.

Los autores, considerando el concepto de gobernanza global y la posibilidad que asiste a los Estados, en su opinión, de inaplicar los tratados internacionales, comparten el esquema conceptual y valorativo de Von Bogdandy, para quien la relación entre derecho interno y derecho internacional debe analizarse según la idea de "acoplamiento", el que puede ser más "apretado" o más "suelto" según la "mediación" que hagan los órganos internos del Estado<sup>116</sup>. Tal mediación responde a dos doctrinas: la del efecto directo y la de interpretación conforme al Derecho Internacional. A mayor efecto directo, mayor será el acoplamiento y el efecto constitucionalizante del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, siendo los Estados los que deben controlar dichos efectos en base al derecho constitucional interno, para dotar de legitimidad a su decisión. Sin embargo, Chile, tal como lo señalan los autores, no tiene norma que regule el valor y jerarquía de los tratados, vacío que ha intentado llenar la doctrina y la jurisprudencia.

Montt y Matta se refieren a los requisitos que, para parte de la doctrina y jurisprudencia nacional<sup>117</sup>, debe satisfacer un tratado internacional ratificado por Chile para incorporarse efectivamente en el derecho interno. En primer término, es necesario que el tratado sea promulgado por Decreto Supremo del Presidente de la República y publicado posteriormente en el Diario Oficial con

alterar o modificar las reglas del otro. 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".

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 154.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Los autores citan, entre otros autores a Santiago Benadava, un fallo de la Corte Suprema (Gaceta de los Tribunales, 1921, primer semestre, p. 22.) y otro del Tribunal Constitucional (Sentencia de fecha 24 de junio de 1999, rol Nº 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 objeto de que sea "conocido" por los órganos del Estado, postura que proviene, según los autores, de la asimilación normativa de los tratados a la ley y de la aplicación por analogía de las normas sobre promulgación y publicación de las leyes. En segundo término, es necesario que el tratado sea self-executing o autoaplicable o de efecto directo<sup>118</sup>, lo que se verificaría si sus disposiciones son completas y detalladas. En caso contrario, se deben dictar leyes que posibiliten la aplicación del Tratado en Chile<sup>119</sup>. A los autores, esta forma de inaplicación de tratados por vía judicial no les parece mal porque "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"<sup>120</sup>, pero hacen presente que los criterios para determinar la calidad de autoejecutable de un tratado internacional no es clara en Chile<sup>121</sup>.

Para Montt y Matta el razonamiento arriba expresado se aplica a todos los tratados que no sean de derechos humanos, los que gozarían de jerarquía de

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Al respecto, los autores señalan que "Esta clasificación de los tratados en self-executing o autoejecutables y non-self-executing o no autoejecutables proviene del Derecho norteamericano". 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).

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> En esa línea resolvió el TC el requerimiento presentado sobre el Convenio, señalando: "[...] 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 [...] Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad". En palabras de Montt y Matta, el TC llevó al extremo la distinción entre normas self-executing y non-self-executing ya que "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. Monto y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 160.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 161.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Los autores señalan que en Estados Unidos existen criterios claramente determinados que permiten entender si un tratado internacional es o no es self executing, a diferencia de Chile, en que no existen tales reglas. Agregan que los criterios que se han utilizado por los Tribunales Chilenos son "el carácter programático" de las normas, si las normas "se bastan a sí mismas", y si el tratado llama a su implementación ulterior.

ley, ya que, concederles una jerarquía superior inhabilitaría permanentemente al Congreso en su labor legislativa<sup>122</sup>. Una regla distinta es la que rige entonces para los tratados sobre derechos humanos en razón de lo dispuesto en el artículo 5º de la CPR, que no exige, en su concepto, que se les otorgue una jerarquía superior a la ley, sino que implica una "limitación constitucional al poder normativo del Congreso"123. Tal limitación, que se extendería a todos los órganos del Estado, consiste en la imposibilidad de derogar o disponer la inaplicación interna de un tratado internacional de derechos humanos. Estos tratados tendrían rango de ley porque producen el efecto de derogación del derecho interno anterior en caso de conflicto de normas, que según los autores produce cualquier tratado internacional, y además, no podrían ser derogados por el legislador democrático. Una ley posterior que sea contraria al tratado internacional de derechos humanos es inconstitucional, según los autores, por vulnerar el artículo 5º de la CPR y no por "una supuesta 'naturaleza jurídica' del tratado en sí"124. Concluyen además que, por el mandato contenido en el artículo 5°, los tratados internacionales sobre derechos humanos son siempre autoejecutables, lo que no implica que sean justiciables, ya que, tal calidad, debe ser evaluada de acuerdo a las mismas reglas que se aplican a los derechos humanos reconocidos en la CPR<sup>125</sup>.

Valdivia, concuerda con Montt y Matta en el sentido de que la doctrina chilena estaría relativamente conteste en que los tratados internacionales tienen la jerarquía normativa que detenta la ley, uniformidad que no existiría a propósito de los tratados internacionales de derechos humanos, en que las tesis les otorgan desde jerarquía supralegal e infraconstitucional hasta constitucional, asumiendo que tales tratados serían un mecanismo indirecto de reforma constitucional. Es aquí donde el autor da cuenta de la directa relación entre estas cuestiones, al sostener que en su opinión, el alcance que se le otorgue a esta regla no puede despojar al legislador de su competencia normativa sobre la materia. Reconoce que para la teoría política los derechos humanos, en cuanto anteriores y superiores al Estado, se transforman en límites que el legislativo no puede suprimir; sin embargo, su carácter universal, el contenido moral o muchas veces ideal, citando como ejemplo los derechos sociales, y la textura abierta de su texto, hacen necesaria

<sup>122</sup> Para solucionar conflictos de normas entre derecho internacional e interno aplican la regla lex posteriori derogat priori, es decir, los tratados nuevos derogan el derecho interno, y sólo pueden ser inaplicados internamente mediante una ley categórica en tal sentido, o por declaración de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional o por declaración de no autoejecutabilidad de cualquier sentenciador. Monte y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 165.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 166.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 166.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 167.

una concreción normativa más o menos fuerte para alcanzar eficacia. Para este autor es el legislador democrático quien debe definir las modalidades de ejercicio de los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. Fundamenta su postura en que los tratados internacionales suelen afirmarlo así, utilizando expresiones como las contenidas en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 34 del Convenio<sup>126</sup>.

Para Valdivia, la afirmación de que el Convenio Nº 169 es un tratado de derechos humanos es una de varias justificaciones para otorgar eficacia directa a su contenido. Otra justificación sería, a su juicio, el argumento de la autoejecutabilidad de sus normas. Para este autor el derecho internacional produce efectos prioritariamente en el terreno político más que consecuencias jurídicas en el derecho interno. La utilidad de los compromisos internacionales que el estado asume reside "al definir objetivos que deben alcanzarse, y que no pueden ser modificados o alterados por decisión unívoca del Estado"127. Señala que debido a la textura abierta de las normas internacionales, éstas permiten diversas interpretaciones en el plano interno, abriendo márgenes de discrecionalidad que sólo deben ejercerse, en su opinión, por los órganos dotados de competencias normativas, es decir, por el legislador democrático y no por los Tribunales de Justicia (lo que ocurriría si es que se otorga aplicabilidad directa a las normas del convenio) sin que los jueces puedan "disponer ellos mismos la forma en que el derecho internacional ha de aclimatarse en el derecho interno". Para este autor el criterio de autoejecutabilidad de ciertos tratados no constituye una guía infalible para determinar la intensidad de las exigencias internacionales, lo cual explica, a su juicio, la dictación del D.S. Nº 124 a pesar de la calificación como norma autoejecutable que recibió el artículo 6 del Convenio por parte del Tribunal Constitucional. La idea que parece estar detrás de tales afirmaciones dice relación con el convencimiento del autor de que el mejoramiento del estatus jurídico de los indígenas debe provenir de la ley, considerando especialmente que el Convenio está orientado, a su juicio, por un incremento de los derechos ciudadanos de los pue-

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> El artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos 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". El artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala como deber de los Estados el "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". Y el artículo 34 del Convenio agrega 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". VALDIVIA, "Alcances", cit. nota n. 89, pp. 45-46.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> VALDIVIA, "Alcances", cit. nota n. 89, p. 66.

blos indígenas, decisión que debe someterse al más alto nivel político de deliberación<sup>128</sup>.

Para este autor "Asumir que su incorporación puede ser impuesta por los tribunales<sup>129</sup> 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", agregando que "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"<sup>130</sup>.

Sobre este aspecto de la textura amplia o lenguaje abierto en que están redactadas las normas internacionales, Montt y Matta agregan una tercera posibilidad: que el contenido de tales disposiciones sea fijado por organismos internacionales. Recurriendo al concepto de gobernanza global que anima al derecho internacional moderno, explican que los Estados, al obligarse a cumplir un tratado internacional, lo hacen más allá de aquello respecto de lo cual prestaron su consentimiento, ya que, al tratarse de normas redactadas en lenguaje abierto, como lo precisa Valdivia, tienen un potencial expansivo cuyo contenido es fijado por los órganos a quienes el mismo tratado les otorga tal potestad. Para los autores, hay una cesión de soberanía, una delegación de poderes implícita hacia los órganos de administración o de solución de conflictos, quienes determinan los derechos y obligaciones específicos sin su consentimiento. Citando a Stephen Gardbaum, hablan de "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 fun-

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> VALDIVIA, "Alcances", cit. nota n. 89, pp. 67-68.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Ese temor de que los derechos humanos conviertan a la democracia en el gobierno de los jueces, es detectado por Montt y Matta, quienes citan al respecto un fallo de 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). Véase Cita N° 137 de Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, p. 166.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> VALDIVIA, "Alcances", cit. nota n. 89, p. 68.

ciones contractuales a funciones constitucionales". Desde ese punto de vista, la Constitución Política es un cuerpo de naturaleza parcial, y la soberanía se ha erosionado como consecuencia de la globalización<sup>131</sup>. Para ellos entonces, no constituye un problema la textura abierta de las normas del Convenio, ya que existen mecanismos, fuera de la estructura interna, que fijan su contenido.

## 4. CONCLUSIONES FINALES

Los Convenios N° 107 y N° 169 de la OIT, y la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas, forman parte de un corpus normativo denominado "derechos de los pueblos indígenas", integrante de la rama más amplia de los derechos humanos, con normas, principios y órganos temáticos propios. Tales instrumentos abarcan desde la necesidad de especificación de los derechos humanos universales, hasta el reconocimiento de derechos específicos de naturaleza individual y colectiva. Se trata entonces de tres instrumentos internacionales que no se encuentran aislados, sino respondiendo a un consenso internacional sobre la materia, debiendo ser interpretados a la luz de dicho estándar. A ellos se suman otros instrumentos no específicos que han sido invocados por los pueblos indígenas y por los órganos de tratado<sup>132</sup>, a través de una visión integradora y evolutiva del derecho de los pueblos indígenas, lo que ha permitido dotarlos de contenido o darles cierto "sentido indígena", aun cuando no posean normas específicas para los indígenas y sus pueblos.

Dentro de ese consenso internacional, y como reflejo de una de las mayores demandas de los indígenas, se les reconoció su calidad de pueblos, su estatus de sujetos de derecho y la titularidad del derecho humano a la libre determinación, como un derecho de carácter colectivo. Tales reconocimientos se gestaron en medio de una serie de controversias, lo que explica las salvaguardas existentes sobre el concepto de pueblos en el Convenio Nº 169 y sobre el reconocimiento expreso del derecho humano a la libre determinación en la Declaración de la ONU.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Montt y Matta, "Una visión", cit. nota n. 47, pp. 146-148.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> En tal sentido véase recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos en ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. En http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e449 2f624f618b2c1256d5000565fcc/\$FILE/G0441305.pdf. [Visitado el 15/05/2012]. Allí encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención sobre Diversidad Biológica, de 1992, el Programa 21 de 1992, la Conferencia Internacional de Malmö de la UNEP de 2000, y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

Tal situación se repitió en nuestro país. La discusión sobre la conveniencia de utilizar el término pueblos en la Ley Indígena, y luego sobre el alcance del mismo término en el análisis del Convenio Nº 169 en la década de 1990, y nuevamente en el año 2008, evidencia cómo, ni las salvaguardas señaladas, ni las declaraciones prometidas por el Poder Ejecutivo, fueron suficientes para aplacar el temor injustificado al reconocimiento de las etnias indígenas como pueblos titulares del derecho humano a la libre determinación, al asociar tal reconocimiento con la posibilidad de secesión.

Tal temor resulta injustificado porque, tal como se analizó, el derecho a la libre determinación para los pueblos indígenas chilenos y para la comunidad internacional, no tiene que ver con la intención de conformar un Estado dentro de otro, en este caso del Estado Chileno, sino con la posibilidad de decidir autónomamente ciertos aspectos de sus vidas, dentro de los cuales, por cierto, se encuentra, entre otros, el tipo de desarrollo al que aspiran, la disposición de los recursos naturales, y la resolución de asuntos comunitarios como la administración de justicia.

En síntesis, la recepción del Convenio Nº 169 en Chile ha sido más restrictiva que la opinión que la comunidad internacional tiene sobre el tratado. Discutir la naturaleza de derechos humanos de las normas del convenio y la titularidad de los pueblos indígenas del derecho a la libre determinación, va en contra de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las opiniones de los Órganos de Tratado, que han sido categóricas al señalar que los pueblos indígenas son titulares de derechos humanos, entre ellos, del derecho a la libre determinación en forma de autonomía y autogobierno, y que el corpus normativo conformado por los instrumentos internacionales específicos analizados, deben ser interpretados de forma progresiva, ampliando su contenido.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno", Revista IUs et Praxis, 11, 2005.
- Anaya, James, Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Traducción de la segunda edición por Luis Rodríguez-Piñero Moyo en colaboración con Pablo Gutiérrez y Bartolomé Clavero. Editorial Trotta. Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier (ED.), *Una discusión sobre derechos colectivos,* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykynson S.L., Madrid, 2001.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de

- derechos humanos. En http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b 4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\$FILE/ G0441305.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- AYLWIN, José, Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional y comparado, sin año. En: http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- \_\_\_\_\_\_, El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales, 2002. En http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\_enlinea/el%20derecho%20 de%20los%20pueblos%20indigenas%20a%20la%20tierra%20y%20al%20 territorio%20en%20america%20latina%20%20antecedentes%20historicos%20y%20tendencias%20actuales.htm [Visitado el 15/05/2012].
- Bartolomei, María Luisa, "Universalismo y diversidad cultural en América Latina, sin año". En http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1840/36.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- Berraondo, Mikel (Coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- BOCCARA, Guillaume y SEGUEL-BOCCARA, "Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo-El caso mapuche". Nuevo Mundo Mundos Nuevos, BAC-Biblioteca de autores del centro, 2005. [Visitado el 11 de enero de 2011].
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999.
- CLAVERO, Bartolomé, Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (www.juridicas.unam.mx), disponible en http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2482/17.pdf. [Visitado el 11/01/2011].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nº 75/02 caso 11.140 fondo "Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos". En http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm. [Visitado el 18/01/2011].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nº 40/04 caso 12.053 fondo "Las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo *Vs.* Belice". En http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053. htm. [Visitado el 18/01/2011].
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución 2001/57 de la Comisión, 2002. En http://

- www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4358. [Visitado el 15/05/2012].
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Adición: La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, 2009. En http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/09/chile-2009\_relator\_anaya\_informe.pdf. [Visitado el 16/01/2010].
- CORONA DE LA PEÑA, Claudia, "Planteos de autonomía en América Latina", *Revista Nueva Sociedad* Nº 147, Enero-Febrero 1997. En http://www.nuso.org/upload/articulos/2570\_1.pdf. [Visitado el 18/01/2011]
- DAES, Erica-Irene, "La contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", El Desafío de la Declaración, Historia y Futuro sobre la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, 2010. En http://www.fasic.org/juri/eldesafio.pdf [Visitado el 15/05/2012].
- De Lucas Martín, Francisco Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia frente a una sociedad plural*, Ediciones Temas de Hoy S.A., Madrid, España, 1994.
- Fernández Alemany, Andrés y De La Piedra Ravanal, Cristhian. "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", *Estudios Públicos* N° 121, verano 2011. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4766.html. [Visitado el 15/05/2012].
- FONTAINE TALAVERA, Arturo, "El pasado como tentación", Estudios Públicos Nº 114, Otoño 2009. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4426.html. [Visitado el 15/05/2012].
- FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA CUESTIONES IN-DÍGENAS, Comentario del Foro Permanente de las Naciones Unidas para cuestiones indígenas acerca del artículo 42 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (publicado en el Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14). En http://clavero. derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/07/comentario-del-forosobre-la-declaracion.pdf. [Visitado el 10/01/2012].
- FORO PERMANENTE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, Una breve reseña histórica sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Declaraci%C3%B3n.aspx [Visitado el 4/07/2010].

- GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAD PARA EL DESARROLLO, Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, 2008. En http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451. [Visitado el 15/05/2012).
- Historia del Decreto Nº 236 que Promulga el Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en www.bcn.cl.
- Historia de la Ley Nº 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Disponible en www.bcn.cl.
- LEARY, Virginia, "La utilización del Convenio Nº 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas, 1999". En http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD\_394381106/Convenio%20 169%5CIntroduccion.pdf. [Visitado el 07/01/2011].
- LÓPEZ BARCENAS, Francisco, Las autonomías indígenas en América Latina, sin año. En http://www.lopezbarcenas.org/sites/www.lopezbarcenas.org/files/AutonomiasIndigenasenAmerica.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- MCLEAN CORNELIO, Ester Melba, El caso Awas Tingni v. Nicaragua: Hacia el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígenas en la Costa Atlántica. En http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/awastingni/documents/Melbaarticulo.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- MEREMINSKAYA, Elina, "El Convenio Nº 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas". *Estudios Públicos* Nº 121, Verano 2011. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/autor\_2077.html. [Visitado el 15/05/2012].
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2010. En http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/03-SIMPOSIO-DDHH\_2010.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- Montt Oyarzün, Santiago y Matta Ayıwın, Manuel, "Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile", *Estudios Públicos* Nº 121, Verano 2011. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4767. html. [Visitado el 15/05/2012].
- NASH ROJAS, Claudio, "Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos". En http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Ponencia%20UFRO-%20C.%20Nash.pdf. [Visitado el 18/01/2011].
- Nuñez Poblete, Manuel, Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas. Editorial Librotecnia, Antofagasta, Chile, 2010.

- GARCÍA DE LA HUERTA, Marcos, *Memorias de Estado y Nación*, Ediciones LOM, Santiago, Chile, 2010.
- OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, "Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: balance del 2004, 2005". En http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Balance2004.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, "Implementación de legislación y jurisprudencia nacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas: la experiencia de Chile, 2005". En http://www.observatorio.cl/p\_doctra. [Visitado el 15/05/2012].
- OBSERVATORIO DE DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Globalización, Derecho Humanos y Pueblos Indígenas, Temuco, Chile, 2008.
- OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Los Derechos Humanos en Chile: La Evaluación de la Sociedad Civil, los Pueblos Indígenas y las Naciones Unidas, Temuco, Chile, 2009.
- PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, "Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un manual, 2003". En http://pro169.org/res/materials/es/general\_resources/Convenio%20num%20169%20-%20manual.pdf. [Visitado el 7 de enero de 2011].
- 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, 2009". En http://www.politicaspublicas.net/panel/re/docs/393-ppios-consulta.html. [Visitado el 15/05/2012].
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, "La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?, 2007". En http://www.politicaspublicas.net/panel/biblioteca/doc\_view/63-la-internacionalizaci.raw?tmpl=component. [Visitado el 15/05/2012].
- Sierra Iribarren, Lucas, "Simposio Desafíos y alcances de la implementación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile", Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2010. En http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/anuarios/anuario06/03-SIMPOSIO-DDHH\_2010.pdf. [Visitado el 15/05/2012].
- THE PROJECT FOR INDIGENOUS SELF-DETERMINATION 2010, "Tomando en serio la libre determinación indígena en Chile: Aprendizajes de las experiencias indígenas en Estados Unidos y su posible aplicabilidad en Chile, 2010". En http://www.libredeterminacion.org/investigacion/wp01ESP.html. [Visitado el 28/12/2011].

- TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor, Pueblo Mapuche, derechos colectivos y territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática, Lom Ediciones, Chile, 2006.
- Valdivia, José Miguel, "Alcances jurídicos del Convenio Nº 169", *Estudios Públicos* Nº 121, Verano 2011. En http://www.cepchile.cl/dms/lang\_1/doc\_4765. html. [Visitado el 15/05/2012].
- VVAA (CONSEJO DE LONGKO DEL PIKUN WIJIMAPU, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, GRUPO DE TRABAJO MAPUCHE SOBRE LOS DERECHOS COLECTIVOS, OBSERVATORIO CIUDADANO Y WALLMAPUWEN), Informe alternativo 2010 respecto del cumplimiento del Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, a cumplirse un año de si entrada en vigencia en Chile, 2010. En: http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2010/10/memoria-alternativa-convenio-169-oit-chile-2010-1.pdf. [Visitado el 10/01/2012].
- VVAA (José Aylwin O., Cristóbal Carmona C., Matías Meza-Lopehandía G., Hernán Silva N., Nancy Yáñez F.), "Las implicancias de la ratificación del Convenio Nº 169 de la OIT en Chile, Programa de derechos de los Pueblos Indígenas, 2º edición revisada y aumentada, 2010". En: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICI%C3%93N-FINAL.pdf [Visitado el 10/01/2012].
- YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, Fallo de la Corte Suprema reconoce a atacameños derechos de propiedad ancestral sobre sus aguas. En http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div\_infinteresante/fallo%20propiedad%20 ancestral%20aguas.htm. [Visitado el 12/01/2011].
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: El consentimiento y la participación. A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio Nº 169 OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam. Sin año. En http://www.mapuexpress.net/images/publications/27\_11\_2008\_1\_39\_25\_1.doc. [Visitado el 15/05/2012].
- Zalaquett\_Daher, José, "La declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", *Anuario de Derechos Humanos*, 2008. En http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/5-Seccion\_Internacional/6-Zalaquett\_Jose/Jose\_Zalaquett.pdf. [Visitado el 15/05/2012].