

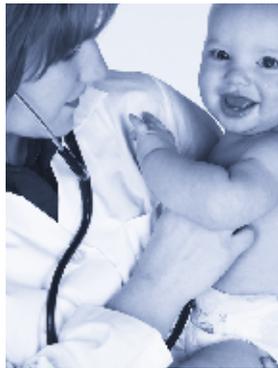


PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE
VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES
Y ASUNTOS PÚBLICOS

TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro

SEBASTIÁN DONOSO
Facultad de Derecho UC



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro

SEBASTIÁN DONOSO
Facultad de Derecho UC

Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro¹

SEBASTIÁN DONOSO
Facultad de Derecho UC

El Convenio 169 de la OIT (el 'Convenio') se erigió desde 1989 y hasta hace muy poco, como el único instrumento internacional dedicado exclusivamente a los pueblos indígenas. Como se sabe, Chile tiene una población indígena relevante y en los últimos quince años el debate sobre las políticas públicas que deben aplicársele ha cobrado particular relieve. Sin embargo, el convenio pese a figurar con prioridad en la agenda política de los gobiernos de la Concertación desde 1990 en adelante, recién en marzo de 2007 fue ratificado por el Congreso Nacional. Este artículo pretende entregar una visión contextualizada del Convenio y su proceso de ratificación, por una parte, y por otra reflexionar críticamente respecto de si existe sintonía entre las ideas matrices del Convenio, la realidad indígena en Chile, y los principales elementos que debieran configurar una política sectorial en nuestro país.

La cuestión indígena

Antes de entrar en la materia de este trabajo, conviene situar la discusión en el contexto de la realidad indígena del país. La población indígena en Chile representa cerca de un 5% del total nacional de acuerdo al Censo de 2002. De ella, poco menos de un 90% corresponde a la etnia mapuche, una de las nueve reconocidas por la Ley Indígena de 1993. Aproximadamente un 65% de la población indígena vive en centros urbanos, dato relevante porque contraría un sesgo ideológico de la actual Ley Indígena en cuanto a que 'lo indígena' está íntima y

necesariamente asociado a la ruralidad. En lo que a cultura e identidad se refiere, diversos estudios muestran un proceso de 'pérdida cultural' que es particularmente acentuado en las generaciones más jóvenes. Por otra parte, y aunque la Encuesta Casen 2006 muestra un repunte en la materia, toda la serie desde 1996 en adelante evidencia que la población indígena tiene una tasa de pobreza significativamente más alta que el promedio nacional. Otros indicadores socioeconómicos (ingreso, desempleo, educación, cobertura de salud, etc.) están en línea con lo anterior.

La historia nos entrega otros datos interesantes. El patrón de colonización de la corona española significó, desde la conquista hasta los inicios de la República, un extenso periodo en que abundaron los abusos, despojos y derramamientos de sangre indígena, pero también un profundo mestizaje racial, intensos intercambios comerciales y, en general, una compleja red de relaciones inter-étnicas. Esta herencia fue recibida y perpetuada en buena medida por el Chile republicano. Lo que tenemos hoy, en consecuencia, es una población indígena con altos niveles de integración –que algunos prefieren llamar asimilación– con el resto de la sociedad. En este contexto, parece equívoco enarbolar aquel lenguaje del 'ellos' y 'nosotros' que a veces utilizan ciertos dirigentes indígenas y también algunos políticos que toman su causa.

Aunque toda generalización o simplificación de la realidad siempre entraña riesgos, en base a esta evidencia

¹ Este trabajo fue presentado en una mesa de discusión el día 7 de marzo y comentado, en dicha ocasión, por Ena Von Baer, Directora del Programa Sociedad y Política del Instituto Libertad y Desarrollo, y Marcos Opazo, abogado y asesor legislativo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Las opiniones del presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor.

se puede afirmar que la población indígena está afectada por un avanzado proceso de pérdida cultural y una grave situación de pobreza y exclusión social. Cuando se le ha preguntado a los propios indígenas acerca de sus demandas prioritarias (diálogos comunales impulsados por el gobierno en 1999, encuestas del Centro de Estudios Públicos de 2002 y 2006, encuesta de Libertad y Desarrollo del año 2003), los primeros lugares siempre los han ocupado requerimientos de tipo socioeconómico (empleo, ayuda para comercializar sus productos, educación, salud, etc.) y no demandas políticas (reconocimiento constitucional, esquemas de autonomía, representantes al Congreso, etc.). Los activistas y dirigentes indígenas más connotados, sin embargo, tienen un discurso principalmente centrado en cuestiones políticas, tales como el reconocimiento constitucional, por lo que la conclusión obvia es que hay un claro divorcio entre la opinión de la gran mayoría de los indígenas y las demandas que esgrimen sus (supuestos) representantes. Este divorcio a su vez tiende a trasladarse al diseño de políticas públicas, ya que el gobierno es reactivo a la agenda de dichos dirigentes como la que genuinamente representa el sentir de la mayoría.

Un poco de historia

En marzo de 1990, cuando asumió el primer gobierno de la Concertación, el Convenio aún no entraba en vigor (sólo lo haría en septiembre de 1991). Sin embargo, el nuevo Presidente de la República entraba a La Moneda con los compromisos adquiridos durante la campaña en el documento conocido como *Acta de Nueva Imperial*. En ésta, el entonces candidato Patricio Aylwin se comprometía a “poner todo su esfuerzo y voluntad en impulsar las iniciativas legislativas, administrativas y económicas necesarias para concretar los planes y medidas contemplados en el Programa de Gobierno de la Concertación”, dentro de las cuales tendría un lugar preeminente la ratificación del Convenio. Pero más importante que lo anterior, la ratificación del Convenio —aunque no mencionada expresamente en el acuerdo—, era el complemento indispensable con los demás compromisos asumidos por el candidato, particularmente con los de impulsar el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y crear una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas (conocida como CEPI) que como se sabe tendría luego por misión preparar un anteproyecto de ley indígena.

La ratificación del Convenio se veía como un complemento indispensable de los demás compromisos por varias razones:

1. Porque de esa forma el Convenio pasaba a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, lo que restaba importancia a un hecho que ya se anticipaba como obvio: que la discusión legislativa y los consensos políticos del caso cercenarían varias disposiciones del proyecto de ley indígena que sus impulsores estimaban esenciales.
2. Porque introducía un nuevo lenguaje —‘pueblos indígenas’, ‘territorios’, etc.— que, como veremos, sintonizaba con el radical giro que tendría la política pública hacia los indígenas por parte de la Concertación.
3. Porque daría sustento al principio de discriminación positiva que sería pilar fundamental de la nueva política indígena.

En consecuencia, desde 1990 en adelante la aprobación del Convenio figuró con relevancia en todos los programas de gobierno de la Concertación y también entre las medidas pendientes puestas en relieve por todas las comisiones y grupos de trabajo que se han creado en estos años. Desde el *Pacto Por el Respeto Ciudadano* suscrito por el Presidente Eduardo Frei en agosto de 1999, hasta los *Nuevos Ejes de la Política Indígena* anunciados por la Presidenta Michelle Bachelet en abril de 2007, pasando por la *Política del Nuevo Trato* comprometida por Ricardo Lagos en el año 2004 (resultado de las recomendaciones hechas por la Comisión sobre Verdad Histórica y Nuevo Trato cuyo trabajo él convocara), todos los documentos de políticas públicas incluían en forma destacada la necesidad de aprobar el Convenio.

Asimismo, y tal como se dijo, junto con impulsar decididamente la aprobación del Convenio, la Concertación dio máxima importancia al proyecto de modificación a la Constitución Política que daba reconocimiento a ese nivel a los indígenas. Desde un punto de vista político, este proyecto tendría prioridad frente al Convenio, pues buscaba dar visibilidad a la población indígena y, después de aprobada la Ley Indígena a fines de 1993, añadir al reconocimiento legal de las etnias indígenas un reconocimiento a nivel constitucional. Es importante destacar que en cuanto al reconocimiento constitucional como tal —reconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la sociedad chilena— no existía ni existe oposición. El debate se ha centrado en realidad en la utilización del término ‘pueblos’ para denominar a los indígenas, lenguaje que motivaba el rechazo de parlamentarios de RN y la UDI. Como se ve, esta discusión se ha manejado más bien en los códigos del derecho internacional y del derecho político, a diferencia del Convenio cuyo debate

cabría haber esperado que se moviera en el plano más sustantivo de la política indígena.

Si bien ambos proyectos –el reconocimiento constitucional y la ratificación del Convenio– se movían en carriles diferentes, la aprobación del primero debía abonar el terreno para la aprobación del segundo. Paradójicamente, sin embargo, la ratificación del Convenio llegó primero.

El Convenio

Con el título de “*Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, fue adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989 –con voto de abstención de Chile– como una reforma de la Convención 107 de 1957, también de la OIT. Es importante tener presente desde un comienzo este parentesco, porque las diferencias entre uno y otro reflejan un cambio profundo en la forma de abordar la cuestión indígena por los organismos multilaterales. El Convenio 157 estaba impregnado del indigenismo reinante en los años 50, cuyos pilares para muchos críticos constituían una mezcla de asistencialismo y asimilación a la sociedad mayor. En cambio, en un giro radical acorde con los nuevos aires que soplaban en la década de los 80, el Convenio se basa en la idea que los pueblos indígenas son sociedades permanentes llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización. Ello exigía de los estados hacer un reconocimiento de la diversidad étnica-cultural, afirmar y garantizar el respeto a una serie de derechos políticos, sociales, económicos y culturales de los indígenas, y otorgar a éstos un estatuto especial de protección considerando sus graves carencias socioeconómicas y la discriminación histórica en su contra.

Hasta la fecha, cerca de una veintena de países han ratificado el Convenio (la mayoría de ellos latinoamericanos), con la notable excepción de Estados Unidos, Canadá, Australia y, hasta hace poco, Chile.

Si intentamos una exposición esquemática del Convenio, sus disposiciones más relevantes son las siguientes:

1. Definición de pueblos indígenas para efectos de su aplicación

El Convenio dispone su aplicación a “*los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que*

sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Agrega que “*la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*”. Con esta última frase el Convenio consagra al factor de autoidentificación como un elemento fundamental a la hora de determinar quiénes son indígenas.

2. Utilización del término ‘pueblos’ en vez de ‘poblaciones’

Es interesante destacar que en su Artículo 1 N°3 el Convenio señala expresamente que “*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*”. Esta prevención probablemente fue incluida para evitar que ciertos países se escudaran en la utilización del término ‘pueblos’ para no aprobar el Convenio o hacerlo con reservas. Sin embargo, autores como Bengoa (2000), si bien reconocen el mérito del Convenio al haber introducido el concepto de ‘pueblos indígenas’ como el más adecuado para tratar el tema a nivel internacional, le achacan el haber incurrido en una contradicción teórica y política al reconocer el carácter de pueblos de los colectivos indígenas, pero cercenándoles su derecho a la libre determinación al incluir esta prevención.

3. Establecimiento de ciertos derechos de los pueblos indígenas

Los principales derechos que establece el Convenio a favor de los pueblos indígenas son los siguientes:

- a. Derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (artículo 7).
- b. Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículos 8 y 9).
- c. Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (artículo 15).
- d. Derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan (artículo 6).

e. Derechos en materia de educación, cultura y lengua (artículos 26 a 31).

Algunos autores sostienen que el Convenio establece, además, la categoría conocida como 'derechos colectivos', es decir, aquellos que sólo pueden ejercerse colectivamente, en este caso por el conjunto de los indígenas que habitan en nuestro país. Este punto, relacionado con la prevención incluida en el número 3 del artículo 1° del Convenio, lamentablemente excede las posibilidades de este trabajo.

4. Establecimiento de ciertas principios y obligaciones para los estados parte

En consonancia con los derechos antes mencionados, el Convenio impone a los estados parte una serie de principios, obligaciones y condiciones básicas a respetar:

a. **No discriminación (negativa).** Adoptar medidas que aseguren a los pueblos indígenas el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; así como medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales –respetando su identidad, costumbres e instituciones (artículo 2).

b. **Discriminación positiva.** Desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos, incluyendo medidas que ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir con los demás miembros de la comunidad nacional (artículo 2). Más adelante se señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4); así como también las medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten al afrontar las nuevas condiciones de vida y de trabajo (artículo 5). Estas disposiciones sirven de base para el establecimiento de políticas de discriminación positiva.

c. **Participación.** Consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, respecto de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6).

d. **Tierras o territorios.** En esta materia, el Convenio se ancla en dos declaraciones fundamentales (artículo 13):

i. Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

ii. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 (disposiciones claves como veremos) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera.

iii. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como tomarse medidas para salvaguardar su derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencias (artículo 14).

e. **Relocalización involuntaria.** Como norma general, los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan (artículo 16). Pero agrega esta disposición que cuando excepcionalmente su traslado y reubicación se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, y si dicho consentimiento no puede obtenerse, dichos traslados se efectuarán al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional. Esta disposición es un antecedente del 'consentimiento previo, libre e informado' (en inglés *FPIC -Free, Prior and Informed Consent*) que se incluye en el borrador de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU a que se refiere más adelante.

Hecha esta descripción, es interesante revisar las cuestiones fundamentales que se plantearon con ocasión del debate parlamentario.

La doctrina del Tribunal Constitucional y una polémica declaración interpretativa

En diciembre de 1990, el ejecutivo envió al Congreso Nacional el mensaje que iniciaba un proyecto de acuerdo destinado a aprobar el Convenio. El 11 de abril de 2000, con 72 votos a favor, la Cámara de Diputados aprobó el Convenio luego de casi 10 años de tramitación. Sólo faltaba su aprobación por el Senado para que el Convenio se transformara en ley de la República. Sin embargo, el proyecto de acuerdo respectivo pasó a la Comisión de Re-

laciones Exteriores del Senado y allí comenzó un letargo que sólo se interrumpiría en el segundo semestre de 2007. Al mismo tiempo, en julio de ese año un grupo de 31 parlamentarios de la oposición presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento solicitando se declarase la inconstitucionalidad del Convenio. Este requerimiento se dirigía tanto a la forma como al fondo del Convenio. Sin embargo, por sus implicancias para este artículo, sólo me referiré a la inconstitucionalidad de fondo.

En efecto, los requirentes sostuvieron que una lectura simple del Convenio acusa inmediatamente una serie de inconstitucionalidades de fondo, esto es, normas incompatibles con los preceptos sustantivos de nuestra carta, señalando como ejemplo los artículos 14 y 15 del Convenio antes comentados. Pero el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento. Para que las normas cuestionadas salvaran el examen de constitucionalidad, el tribunal recurrió a dos argumentos:

- la distinción entre disposiciones *autoejecutables* o *self executing* y disposiciones programáticas o *non self executing* (dando como ejemplo los artículos 14 y 15 y otros análogos); y
- la tesis de la *incompatibilidad constitucional* (citando los artículos 9; 15 N°2; 16 N°3).

Para el tribunal, las disposiciones *programáticas* o *non self executing* son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen, esto es, que las hagan aplicables como fuente de derecho interno. Estas disposiciones se reconocerían, según el Tribunal Constitucional, por la conjugación en futuro de sus verbos rectores: ‘... los gobiernos deberán...’ o ‘...deberán tomarse medidas...’. Según el tribunal, las normas programáticas no pueden ser inconstitucionales desde pronto, porque no son normas vigentes ni lo serán por obra del tratado. Sólo cabría pronunciarse respecto de ellas cuando se implementen mediante la legislación futura.

Fermeadois (2000) sostiene que esta tesis no es convincente, considerando que:

- a) La distinción aludida no existe en nuestro ordenamiento jurídico;
- b) Dicha distinción no se explica por sí misma, salvo que se considere al tratado internacional como un instrumento especial, cuasi-jurídico, y no como ley vigente propiamente tal; y
- c) La legislación común contempla toda clase de fórmulas verbales y mandatos futuros, pero jamás podría

afirmarse que por esta razón no pueden ser incompatibles con la Constitución Política. Los ‘programas’ también pueden ser inconstitucionales.

En cuanto a la *incompatibilidad constitucional*, esta técnica consiste en incluir en la disposición del tratado una frase que la salve de conflictos con la Constitución de los países llamados a ratificarlo: ‘...*siempre que sea posible...*’ o ‘...*siempre que sea compatible con el sistema jurídico de cada estado...*’. Según el tribunal, algunas normas relativas a la solución de conflictos indígenas por órganos distintos de los tribunales (artículo 9) se salvan por estar inmersos en artículos condicionados al evento de compatibilidad.

Fermeadois (2000), haciendo una evaluación global del fallo del tribunal, estima que éste es consistente en cuanto a la inconstitucionalidad de forma, pero en cambio agrega que no resulta fácil adherir a los fundamentos por los que se rechazó la inconstitucionalidad de fondo. En efecto, estima que permitir que entren en vigencia normas incompatibles con la Constitución Política sobre la base de que sólo son programáticas o sobre la base que permiten su aplicación o ignorancia según sean o no compatibles con el sistema, es esperar demasiada responsabilidad de los órganos estatales que aplican diariamente la ley.

La discusión en el Senado se reactivó a fines de 2007 en medio de una renovada discusión pública sobre la cuestión indígena marcada por la huelga de hambre de la activista Patricia ‘Chepa’ Troncoso, la repetición de situaciones de violencia en el sur y la designación por el Gobierno de un Comisionado Especial para los Pueblos Indígenas.

En este contexto, gobierno y oposición alcanzaron un acuerdo político para aprobar el Convenio en el Senado sujeto a que el instrumento de ratificación incluyera una declaración interpretativa respecto al artículo 35 del mismo. El texto de declaración aprobado por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado señala lo siguiente: “El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que éste sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

A su vez, el artículo 35 del Convenio establece que “la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios

y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.” Como queda en evidencia en las actas de la discusión legislativa, la declaración interpretativa pretendía ‘limitar’ los efectos de este artículo del Convenio dejando en claro que su alcance sólo se refería a aquellos instrumentos respecto de los cuales existe un claro e inequívoco consentimiento del Estado, como son los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como es natural, muchas organizaciones indígenas interpretaron este acuerdo como una maniobra política destinada a obstruir la aplicación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas que, como veremos, fue votada favorablemente por Chile (es decir tiene el ‘consentimiento’ del Estado) pero al no tener estatus de tratado no puede ser sometido a la ratificación del Congreso Nacional. La polémica que se generó obligó al gobierno a realizar una consulta formal a la OIT respecto al alcance de la referida declaración interpretativa, cuya respuesta favorable permitió que avanzara el proceso de aprobación pero no despejó las dudas respecto a una cierta ambigüedad de las autoridades en relación a su real voluntad de implementar las recomendaciones de la citada declaración de la ONU.

Chile con convenio: alcances y consecuencias

En este punto, la pregunta que cabe hacer y contestar es qué implicancias políticas, legales y de políticas públicas tendrá la aprobación del Convenio.

a) Implicancias políticas

En términos estrictamente políticos, y desde la perspectiva de la coalición gobernante, la aprobación del Convenio permite cumplir una antigua promesa electoral y apaciguar las críticas de organizaciones internacionales a su manejo del tema, dando así una prueba de ‘corrección política’.

Respecto a lo primero, sabemos que hasta hace poco algunos dirigentes y organizaciones indígenas incluían en su discurso una dura crítica a los actores políticos –al Gobierno por no asignarle suficiente prioridad, a la oposición por restar su apoyo, o a ambos– por la demora en aprobar el Convenio. Por lo mismo, la aprobación del Convenio figuraba en forma destacada entre sus demandas. Dada la discusión respecto a la ‘autoejecutabilidad’ o no de sus normas, es esperable que la demanda por aprobación del Convenio se transforme ahora en una demanda para que se dicten aquellas normas que per-

mitan darle aplicación. Si el gobierno no demuestra voluntad real de empujar esos cambios, la buena noticia que significó la aprobación del Convenio para algunas organizaciones puede transformarse en una frustración tan difícil de manejar como la irritación previa frente a la falta de aprobación del mismo. Por otra parte, el hecho que la ratificación del Convenio vaya acompañada de una declaración interpretativa en los términos ya señalados permite augurar una severa crítica de las organizaciones indígenas en contra de la utilización del Convenio como una fórmula para limitar la aplicabilidad de los derechos establecidos a favor de los indígenas en otros instrumentos internacionales.

En el frente externo, la falta de aprobación del Convenio afectaba negativamente la imagen y prestigio del Gobierno de Chile en materia de resguardo de los derechos indígenas –al menos en lo que a organismos como la ONU concierne– y, consecuentemente, se reflejaba en la presión ejercida por ella y otras organizaciones para que nuestro país aprobara el Convenio. Las particulares condiciones en que se ratificó el Convenio –principalmente el contenido de la citada declaración interpretativa– hacen presagiar que la presión internacional no cederá mientras Chile no avance sustantivamente en la implementación del Convenio y promoción de los derechos indígenas.

b) Implicancias de políticas públicas

El primer factor a considerar es la introducción por el Convenio de un nuevo lenguaje que favorece un clima propicio a las demandas indígenas, al reconocimiento de sus ‘derechos ancestrales’ y a la protección de sus tierras y recursos naturales que le están asociados. Este nuevo lenguaje va asociado al establecimiento de una serie de derechos, complementarios y adicionales a los consagrados por la Ley N°19.253, a favor de los indígenas.

Desde este punto de vista, si bien es una discusión pendiente la ‘autoejecutabilidad’ o no de las disposiciones más emblemáticas del Convenio, tal vez la consecuencia directa más relevante de su aprobación es lo que podríamos llamar el ‘capital simbólico’ que le está asociado. Este ‘capital simbólico’ tiene que ver, por un lado, con las señales que se envían al país con la aprobación del Convenio, y por otro, con la base o sustento que otorga aquél a las demandas o exigencias que los indígenas no podían formular mientras el Convenio no estaba ratificado. Un ejemplo claro de ello es el derecho de los indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, que establece el artículo 15 del Convenio, el que comprende

su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. A falta de aprobación del Convenio, estos derechos no podían serles reconocidos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que no es menor si se considera la magnitud de ciertos proyectos de inversión que han afectado recursos naturales existentes en zonas de población indígena. Con el Convenio aprobado, la discusión queda abierta.

Por último, hay una cuestión de fondo que tiene que ver con el rol que viene a ocupar el Convenio en el diseño general de la política pública hacia los indígenas, tema al que se refiere la última parte de este trabajo.

c) Implicancias legales

Las consecuencias legales deben analizarse en tres escenarios distintos:

- Si las normas del Convenio –todas o algunas de ellas– se estiman como autoejecutables, entonces la mera aprobación del mismo incorpora a nuestro sistema legal una serie de derechos que pueden ser exigidos por los indígenas. Es esperable que algunos de estos derechos, particularmente los consagrados en los artículos 14 y 15, sean resistidos por la empresa privada y, desde el otro lado, sean alegremente bienvenidos por los indígenas, lo que podría entrañar nuevos conflictos sociales.
- Si, en cambio, se adhiere a la doctrina del Tribunal Constitucional y se estima que las normas del Convenio no son autoejecutables, es posible que se reste dramatismo a su aprobación. No obstante ello, cabría esperar que a su aprobación siga una fuerte presión política para dictar nuevas normas o modificar aquéllas que permitan dar aplicación al Convenio, por ejemplo, en materia de ‘consulta’ a los indígenas o de los alcances que tienen las ‘Áreas de Desarrollo Indígena’ en el contexto de procesos de evaluación ambiental.
- Por último, aún cuando no existieren apoyos ni consensos suficientes para aprobar esos cambios en nuestra legislación que permitan dar aplicación al Convenio, su mera aprobación (y por tanto su incorporación como norma de derecho interno) constituye suficiente argumento para que sus disposiciones sean invocadas en apoyo de demandas, movilizaciones y aún actos fuera de la ley, como lo ha demostrado la experiencia sistemáticamente. Debe destacarse en este punto la posibilidad que los Tribunales de Justicia invoquen las normas del Convenio para dirimir contiendas judiciales, incluso tratándose de aquéllas que se han califica-

do por la doctrina del Tribunal Constitucional como ‘promocionales’ o ‘programáticas’.

El Convenio en la agenda nacional e internacional: ¿urgencia?

No obstante a la prioridad que se asignó a la aprobación de este instrumento, pareciera que la agenda internacional se está alejando del Convenio y centrando su atención en nuevos instrumentos. Desde mediados de los 90 tanto Naciones Unidas como la OEA vienen trabajando sendas declaraciones de derechos de los pueblos indígenas. De ellas, la más importante es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo texto fue adoptado por resolución del Consejo de Derechos Humanos con fecha 29 de junio de 2006 y aprobado por la Asamblea General del organismo el 12 de septiembre de 2007, con el voto favorable de Chile. Esta declaración recoge, como es natural, todo el desarrollo posterior a 1989 en lo que a derechos de los indígenas se refiere.

No es extraño, entonces, que la prioridad efectiva asignada a la aprobación del Convenio haya languidecido por largos años, aunque formalmente se haya mantenido el compromiso. No son pocos los que señalan que el valor del Convenio está más bien ligado al debate de los 90 y que hoy la discusión mira más a estas declaraciones de derechos de los pueblos indígenas, textos que estima bastante más avanzados y que reconocen, entre otros, el derecho a la libre determinación de aquéllos.

En efecto, el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es elocuente respecto a los derechos que les reconoce. Su artículo 3 dispone que “*los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación*”, y que en virtud de tal derecho “*determinan libremente su estatus político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”. El artículo 4 complementa el anterior prescribiendo que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, tienen derecho a autonomía o autogobierno en materias relativas a sus asuntos internos y locales, así como a los medios para financiar dichas funciones autónomas. En otra materia altamente sensible para los indígenas, el artículo 10 indica que no podrán ser removidos a la fuerza de sus tierras o territorios, y que ninguna relocalización podrá tener lugar sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas afectados. Esta última disposición representa un paso decidido en esta materia, comparada con for-

mulaciones previas (como la del Convenio) bastante más tibias. El artículo 26, por su parte, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado, utilizado o de que han sido dueños.

Desde el punto de vista de la protección de los derechos indígenas esta declaración representa, al menos en la óptica de sus impulsores, una salvaguardia mucho más férrea y un lenguaje claramente más garantista que lo que puede ofrecer el Convenio. Ello hace pensar que, *bis a bis* con esta declaración, el Convenio refleja una etapa superada por las nuevas directrices del ‘establishment internacional’ en lo que a derechos indígenas se refiere.

¿Por qué razón entonces el Gobierno insistió en la aprobación del Convenio? La respuesta se encontraría en la naturaleza jurídica de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Este último instrumento es considerado una ‘recomendación’, por lo que no es jurídicamente vinculante ni puede ser ratificado por los países signatarios. Ello explicaría la insistencia en lograr la ratificación del Convenio, que se erige de este modo en el único tratado internacional que consagra derechos a favor de los indígenas y que puede ser ratificado, aunque sus disposiciones no reflejen los últimos progresos en esta materia.

Convenio y política indígena en Chile: el debate pendiente

La cuestión de fondo, sin embargo, es la adecuación del Convenio a la realidad de nuestro país. Es la respuesta a esta cuestión la que permite explicar en última instancia la oposición parlamentaria que enfrentó la aprobación del Convenio. Más importante aún, dicha respuesta debiera iluminar una reflexión indispensable respecto al lugar que ocupará el Convenio —o la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU— en el marco general de las políticas públicas hacia nuestros compatriotas indígenas.

Los instrumentos internacionales, como es natural, tienen un contenido esencialmente normativo. Sus disposiciones están pensadas desde la óptica del ‘deber ser’, y no de las realidades en las cuales están llamadas a aplicarse. Este defecto, tal vez insoslayable, implica que los instrumentos internacionales constituyen verdaderos ‘blueprints’ o matrices conceptuales rígidas que, enfrentadas a la realidad de cada país, pueden ser muy valiosas, de escaso aporte, o derechamente perjudiciales. En la práctica, estos instrumentos recogen un consenso

‘doctrinario’, podríamos agregar políticamente correcto, entre los expertos convocados por cada organismo.

Es tarea de cada país, por tanto, analizar cuidadosamente la adecuación del instrumento de que se trate a su realidad y por tanto las ventajas y desventajas de aprobarlo. Este análisis es fundamental si se quiere avanzar una opinión respecto a la conveniencia o no de incorporar el Convenio a nuestra legislación interna. Esta necesaria tarea, no obstante, usualmente es postergada por consideraciones de carácter político. La decisión de someter o no un tratado internacional a la aprobación parlamentaria usualmente está motivada por el ánimo de ‘cumplir’ con la comunidad internacional, por un lado, y por otro satisfacer necesidades políticas en el plano interno.

Tal como se señaló al principio de este trabajo, la evidencia indica que la población indígena está afectada por un avanzado proceso de pérdida cultural y una grave situación de pobreza y exclusión social. Frente a esta realidad, existe la percepción que los gobiernos de la Concertación han tratado de mantener un equilibrio entre su objetivo de mejorar las condiciones socioeconómicas de los indígenas y aquél de procurar su protección. Pero esta dinámica se da en el marco de una institucionalidad que privilegia la protección por sobre cualquier otro fin, lo que en la práctica se traduce en disposiciones legales y políticas que constriñen severamente el espectro de estrategias de sobrevivencia y las oportunidades de superación de los indígenas. Por otra parte, el clima de conflictividad asociado a los hechos de violencia que se viven en las regiones del Bío-Bío y de Los Lagos desde 1997 en adelante, ha alterado las prioridades en la política indígena gubernamental. De este modo, pareciera que por extensos períodos su objetivo primordial ha sido contener el conflicto más que ser proactivos en la búsqueda de soluciones a los problemas más urgentes que afectan a los indígenas.

En la práctica, entonces, tenemos una política indígena que ha implicado discretos avances en materia de reducción de la pobreza indígena e igualmente discretos resultados en materia de preservación cultural.

Una pregunta surge entonces nitidamente: ¿qué lugar vendrá a ocupar el Convenio en este escenario?

Si dejamos de lado las aproximaciones político-electorales a esta pregunta, y nos centramos en las consecuencias al nivel de políticas sectoriales, debemos considerar una serie de variables a la hora de intentar una respuesta. Todas estas variables tienen que ver con definiciones sustantivas sobre la política indígena que queremos:

1. **Segregación o integración.** La actual política indígena, si bien no promueve abiertamente la autodeterminación, autonomía y segregación de los indígenas, establece un sistema de protección de sus tierras que implica serias trabas a su integración a la sociedad. Algunos ideólogos ven en la integración una amenaza a la preservación de las identidades y culturas indígenas, y el Convenio está impregnado de esta visión.
2. **Ruralidad o realidad.** La Ley Indígena promueve una visión según la cual ser indígena es sinónimo de ruralidad, por lo que se asume que las identidades indígenas se reproducen en ese entorno. Con ello queda en entredicho la identidad de esa mayoría indígena que –por las razones que sean– vive en centros urbanos y que lucha diariamente por no perder sus raíces en un ambiente hostil. El Convenio comparte este ‘sesgo pro-rural’.
3. **Asistencialismo o empoderamiento.** Si bien se han hecho algunos esfuerzos en materia de capacitación y apoyo productivo, la política indígena hasta ahora ha tenido como pilar fundamental las transferencias de recursos públicos, evidencia de lo cual es el presupuesto creciente de la CONADI, cuya mayor parte ha sido destinada al programa de entrega de tierras. Los países que han seguido este camino no han tenido buenos resultados. La alternativa obvia, por supuesto, es poner el énfasis en la construcción de competencias y capacidades para lograr una auténtica emancipación de la asistencia estatal. Una vez más, el espíritu del Convenio parece alinearse del lado del asistencialismo.
4. **Discriminación positiva o igualdad ante la ley.** La discriminación positiva ha sido indiscutidamente el eje central de la política indígena de los gobiernos de la Concertación. Países como Estados Unidos, que han aplicado políticas de ‘affirmative action’ por décadas, están empezando a dar señales en sentido opuesto, bajo el principio que las políticas públicas deben ser ciegas frente a diferencias de raza, aunque la discriminación se tilde de ‘positiva’. El Convenio, sin embargo, sintoniza con la discriminación positiva.

5. **Derechos colectivos o derechos individuales.** Aunque la Ley Indígena chilena establece derechos a favor de individuos y no colectivos indígenas, existe una presión importante desde ciertos actores para avanzar hacia la consagración de derechos colectivos. Ello implica la interposición de un ente abstracto –el colectivo indígena y sus discutibles representantes– entre el indígena y el Estado, lo que nos aparta de una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales, por una parte, y por otra, entraña el riesgo de desatender o restar énfasis a la satisfacción de los derechos individuales de los indígenas, largamente desatendidos, como hemos visto. En este punto, como en los anteriores, el Convenio también se inclina hacia los derechos colectivos.

Como puede apreciarse, una definición frente a estas variables debió haber motivado una reflexión más prudente respecto a la conveniencia de incorporar el Convenio a nuestro sistema jurídico por la vía de su ratificación. Para quienes comparten los ejes centrales de la política indígena que se ha aplicado desde 1990 en adelante –más allá (o, tal vez, a pesar) de las contradicciones vitales que han impedido mejores resultados– la aprobación del Convenio implica una confirmación de sus principales lineamientos y una vigorización de los derechos indígenas por la vía de introducir nuevos derechos asociados a un lenguaje también nuevo. Quienes ven en la actual política indígena –y también en el Convenio– una expresión de consensos que ya han sido superados por la discusión internacional, seguramente privilegiarán la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como un instrumento que protege mejor los derechos de los indígenas. En fin, para quienes como este autor estiman que la actual política indígena está marcada por profundas contradicciones y una clara ideologización, factores ambos que han perjudicado gravemente los objetivos de superación de la pobreza indígena y preservación de sus culturas, lo que se requiere con urgencia es la revisión de esa política más que la adopción irracional de instrumentos que podrían obstaculizar aún más dichos objetivos.

Bibliografía

- **Arturo Fermandois** (2000) *Sentencia del tribunal Constitucional (I). Convenio N° 169 de la O.I.T: sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Informe Constitucional, números 2295, 2296 y 2297, Santiago.
- **José Bengoa** (2000) *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago, Fondo de Cultura Económica: 273-274.



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

VICERRECTORÍA DE COMUNICACIONES Y ASUNTOS PÚBLICOS
DIRECCIÓN DE ASUNTOS PÚBLICOS

Alameda 390, 3^{er} piso. Teléfono: 354 6563. Email: asuntospublicos@uc.cl www.uc.cl