

AYLWIN, J. (COORD.), YÁÑEZ, N. Y M. MEZA-LOPEHANDÍA (2013) LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO. SANTIAGO: LOM-OBSERVATORIO CIUDADANO. 604 PÁGS.

Yanira Zúñiga

Profesora, Universidad Austral, Chile

Este libro colectivo es el reflejo de un perfil escaso en el medio jurídico chileno y que ha sido cultivado por sus autores de una manera especialmente afortunada: el académico activista. Con el cobijo que, desde el 2004, les brinda el Observatorio Ciudadano, Aylwin, Yáñez y Meza-Lopehandía, nos ofrecen una obra robusta, fácil de leer y que tiene sobrados méritos para transformarse en el texto de referencia para los futuros estudios chilenos sobre derechos (y Derecho) de los pueblos indígenas.

Con pretensiones declaradas de manual, pero con la densidad de análisis y la estructura de un tratado, este texto constituye un aporte a la comprensión histórico- política de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado chileno; y es una pieza clave en la reflexión sobre cómo dichas relaciones han sido y siguen siendo configuradas performativamente por el Derecho.

El libro se divide en cuatro capítulos, siendo el primero el más extenso. El capítulo I revisa la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, en clave histórica, y con especial énfasis en los hitos jurídicos que han perfilado buena parte de los nudos político-normativos que se localizan en el centro de las reivindicaciones actuales de dichos pueblos y/o dan origen a las principales tensiones entre las normas nacionales y las normas y estándares internacionales de protección de pueblos indígenas, que se analizan en los capítulos posteriores. En este sentido, el capítulo I opera como una verdadera carta de navegación para adentrarse en el resto de la obra.

En esta primera parte se describen las características étnico-culturales, históricas y geopolíticas que particularizan a los pueblos indígenas chilenos

(mapuche, aymara, atacameño y rapa nui), y la especial relación que cada uno de ellos mantiene con los recursos naturales propios de su entorno geográfico. Se explica, además, cómo ambas, fusionadas, han dado origen a identidades culturales diversas, tanto respecto de lo que se ha dado en denominar la “nación chilena” como en relación con dichos pueblos entre sí. Al mismo tiempo, se proporcionan pistas para entender cómo esta diversidad cultural ha propiciado, a lo largo de la historia republicana de Chile, la formulación de políticas públicas y estatutos jurídicos específicos para cada una de esas comunidades, que se han enmarcado, no obstante, en una política estatal general, con carácter asimilacionista.

Este fenómeno normativo, más allá de sus matices y vaivenes históricos, ha tenido impactos profundos en las condiciones de vida actual de dichas comunidades. Según los autores, la política estatal asimilacionista, que alcanzó su máxima expresión bajo la dictadura militar chilena, mediante acciones orientadas a la pulverización de las identidades comunitarias; ha ocasionado, por una parte, el progresivo deterioro de las condiciones de vida de los pueblos originarios, y catalizado, por la otra, un proceso posterior de cohesión identitaria que es, a la vez, el sustrato de las reivindicaciones político-jurídicas que los pueblos originarios vienen planteando desde hace varias décadas.

El libro devela un largo encadenamiento de políticas estatales relacionadas con los pueblos originarios de Chile que se remonta a la usurpación de sus tierras y su entrega posterior a particulares sin relación con dichos pueblos; y continúa con la degradación progresiva de la propiedad comunitaria indígena; la promoción de acciones estatales asistencialistas, y la existencia de restricciones para el establecimiento de partidos políticos de carácter regional. Lo anterior ha tenido especial repercusión, como pone de relieve el texto, en la situación del pueblo mapuche. Desde luego, el libro reconoce, como punto de inflexión y sin abandonar la mirada crítica que lo caracteriza respecto de la legislación chilena sobre pueblos indígenas, el establecimiento a principios de la década del 90 de la ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y que crea la

Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; cuyas disposiciones los autores comentan latamente.

También en este primer capítulo, los autores desmenuzan la legislación sectorial sobre recursos naturales hídricos, mineros, marinos y forestales (vigente desde la dictadura militar y cuyos cimientos fueron localizados en la propia Constitución de 1980); y su impacto económico en las condiciones de vida de los pueblos originarios. A partir de este análisis, el texto anticipa uno de los principales desafíos de una eventual reforma constitucional: la reestructuración del régimen jurídico de los recursos naturales en Chile, con miras a conciliar, de forma más equilibrada y justa, el desarrollo de la industria extractiva y energética con la protección de los derechos de estos pueblos y la tutela del medio ambiente.

En consecuencia, esta obra examina en su primera parte, de manera más fina y documentada que otros textos que se ocupan del mismo tema, la manera en que el propio ordenamiento jurídico ha actuado como vector de la discriminación y de la exclusión, tanto social como política, que afecta a dichas comunidades hasta nuestros días.

Los capítulos siguientes –II y III– dan paso al examen de las normas y estándares internacionales sobre protección de los pueblos indígenas. El capítulo II se concentra íntegramente en el estudio de las normas contenidas en el convenio 169 de la OIT, y en su recepción y aplicación internas. La atención privilegiada que prestan los autores a este tratado internacional se justifica, por una parte, en la centralidad que este instrumento ocupa dentro del estatuto de protección internacional de los derechos de pueblos indígenas y tribales, y, por la otra, en las dificultades que han surgido en el proceso de incorporación del mismo al ordenamiento jurídico nacional y en su cumplimiento posterior. En esta última esfera- la del cumplimiento- la atención de los autores se centra en el derecho a la consulta. Así, examinan algunas cuestiones que han resultado especialmente problemáticas en lo concerniente a la aplicación práctica de este derecho. A saber, su naturaleza jurídica y la obligación correlativa estatal que de ella se deriva; su objeto, es decir, su contenido; los destinatarios del derecho; y, finalmente, las características de esta institución. En la medida que bajo esta última etiqueta (*características de la institución*), se estudian aspectos como la oportunidad de la

consulta, su procedimiento y sus efectos, habría sido más apropiado hablar de las *garantías del derecho a la consulta*.

En lo referente al capítulo III destaca el análisis de los estándares internacionales desarrollados respecto de parcelas específicas, ligadas a la protección de derechos indígenas. Así, por ejemplo, los derechos sobre tierras, territorios y recursos, los derechos políticos, el derecho a la autodeterminación de pueblos, los derechos políticos, y los derechos de los niños. Este examen temático se nutre especialmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual resulta particularmente pertinente considerando la tendencia al alza que en los últimos años exhiben los litigios contra Chile en el sistema interamericano de Derechos Humanos.

Por último, los capítulos IV y final se reservan para el análisis de la construcción de la protección de derechos de pueblos indígenas en el contexto comparado regional americano. Destaca, dentro del capítulo final, el estudio de los casos de Bolivia, Brasil y Colombia, como experiencias paradigmáticas de recepción constitucional de los estándares internacionales sobre derechos de pueblos indígenas.

Como toda producción humana, el libro reseñado tiene virtudes y falencias. Dentro de sus numerosas virtudes, sobresale la muy satisfactoria relación entre el enfoque elegido y el producto obtenido: el libro ofrece una visión panorámica que permite al lector componer una lectura diacrónica y sincrónica, razonada y documentada, sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Este producto es especialmente útil para los juristas, no sólo por los contenidos abordados sino por el lenguaje del cual se sirven los autores. Lo anterior no obsta, sin embargo, a que sea también un texto útil para lectores formados en otras disciplinas, debido a que el uso del lenguaje técnico-jurídico no resulta alambicado y, en consecuencia, no conspira contra la claridad del texto.

No cabe duda, entonces, que esta publicación es una valiosa contribución a la producción de conocimiento jurídico sobre los derechos humanos en Chile, y una pieza clave para emprender una construcción teórica y

dogmática más robusta sobre los derechos de los pueblos originarios de Chile.

El libro también permite aproximarse a fenómenos más amplios, tales como los desafíos que impone el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, la creciente intersección entre la protección internacional y la protección doméstica de los derechos humanos, y las nuevas tendencias en el constitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, el análisis desarrollado en su último capítulo, logra caracterizar, aunque a trazos muy gruesos, al constitucionalismo latinoamericano como un movimiento con improntas culturales locales de raíz indígena y tribal; que supone una fisura (o tal vez derechamente una ruptura) con el modelo europeo continental y su tradicional influencia en América Latina. Con todo, tales temas resultan más insinuados que abordados sistemáticamente en el texto. Esta opción metodológica, sin embargo, está lejos de ser una debilidad en la medida que tales temáticas no forman parte del itinerario central del trabajo.

Hay otras cuestiones que, en cambio, sí forman parte del itinerario de análisis, y cuyo tratamiento es, en contraste, deficitario bien porque el aparato teórico es muy difuso, bien porque el texto no refleja adecuadamente el estado de la discusión jurídica nacional.

En este orden de cosas hay que mencionar, en primer lugar, el deficitario tratamiento del concepto de derechos colectivos. Esta categoría es referida recurrentemente en el libro sin explicitar su significado y su uso a lo largo del texto. Lo anterior no parece apropiado dado que se trata de una categoría muy problemática en cuanto a su existencia y contornos; y polisémica en cuanto a la variedad de fenómenos jurídicos que designa. Si bien es cierto que esta noción ha sido muy poco tratada por la dogmática nacional, sí ha recibido mucha atención por parte de la teoría y la dogmática de los derechos humanos en el ámbito comparado. Dicha producción teórica podría haber sido considerada para reforzar los fundamentos de esta obra.

En segundo lugar, huelga mencionar que el texto no aborda adecuadamente el problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno, especialmente en lo relativo al rol jurídico de los tratados

internacionales de derechos humanos. Esta debilidad alcanza a tres temáticas que son erróneamente tratadas en el texto o que, al menos, requerirían una matización en los puntos de partida y/o de llegada del análisis. Estas son: i) *La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos*. A diferencia de lo que puede desprenderse del texto, la jerarquía de estos tratados está lejos de haberse aclarado en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales, como demuestran las discusiones que rodearon a la reforma constitucional de 2005 en lo referente al régimen de tratados internacionales y la tesis formulada, más tarde, por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 1288. De manera que la tesis de la jerarquía constitucional de estos tratados sigue siendo una dentro de las varias tesis posibles en el ordenamiento jurídico nacional; y es discutible que sea la más influyente en la actualidad. Por otra parte, (ii) *el rol de la jurisprudencia de los órganos de control*. En oposición con la premisa de la que parte el libro, la práctica nacional mayoritaria no incorpora, en general, la jurisprudencia de los órganos de control de los tratados de derechos humanos, como un insumo para construir el estándar de cumplimiento dichos instrumentos. Por último, (iii) *el estado de la cuestión del derecho a la consulta en Chile*. La jurisprudencia nacional sobre el derecho a la consulta (particularmente la relativa al recurso de protección dictada en el marco de las actividades de industrias extractivas), es más dispersa y contradictoria de lo que se sugiere en el texto.

En síntesis, y más allá de estas pocas cuestiones que pueden rectificarse, problematizarse o complementarse en publicaciones posteriores; estamos, sin duda, frente a una obra madura, que hace gala de un uso equilibrado de fuentes históricas, sociológicas y dogmáticas; y que refleja un compromiso con el reconocimiento y garantía de los derechos de comunidades indígenas en Chile. En consecuencia, se trata de una obra indispensable para todo aquel que quiera adentrarse en el estudio del tratamiento jurídico de los pueblos indígenas en Chile.