



ACTUALIZACIÓN DE LA PROPUESTA DEL INDH

PARA EL DIÁLOGO ENTRE EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS



ÍNDICE

1.	Introducción	pág. 2
2.	Propuesta de Diálogo Estado y Pueblos Indígenas	pág. 3
	2.1 Principios para el diálogo	pág. 3
	2.1.1 El principio de no discriminación	pág. 3
	2.1.2 El derecho a la libre determinación o autonomía	pág. 4
a.	Derecho a la participación y consulta indígena	pág. 7
b.	Derecho al desarrollo	pág. 9
	2.1.3 Protección de la identidad y formas de vida indígena	pág. 10
	2.1.4 Interculturalidad	pág. 11
3.	Diálogo Estado y Pueblos Indígenas	pág. 12
a.	Singularidad	pág. 12
b.	Convocatoria	pág. 13
c.	Participantes	pág. 13
d.	Modalidades	pág. 14
e.	Incidencia	pág. 15
f.	Finalidad	pág. 15
4.	Propuesta de temas	pág. 16





1. Introducción

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es un órgano público y autónomo creado por la Ley 20.405 que tiene por mandato la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas que habitan en Chile. Para el cumplimiento de dicho objetivo el INDH cuenta con un conjunto de facultades, entre las que se encuentra la de proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y promoción de los derechos humanos en el país (art. 3 N°3).

En ese marco el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos ha creído oportuno hacer llegar a la principal autoridad política nacional una actualización de las propuestas formuladas en los años 2014 y 2018 sobre diálogo con los pueblos indígenas. Así, este Consejo espera contribuir al avance de lo que considera uno de los temas más complejos que enfrenta el Estado de Chile en materia de promoción y protección de los derechos humanos.

Es un hecho de público conocimiento que en los últimos años se ha producido un proceso de grave deterioro en la convivencia interétnica, en especial, aunque no exclusivamente, en las regiones del sur del país, donde históricamente ha habitado el pueblo mapuche. En sucesivos informes anuales el INDH ha advertido acerca de esta realidad de conflictos interétnicos, sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y la responsabilidad que en ella le cabe al Estado.

Para enfrentar esta situación el INDH considera relevante avanzar en el diseño e instalación de un proceso de diálogo de alto nivel entre representantes de los pueblos indígenas y el Estado en Chile, orientado a superar la coyuntura por un enfoque a corto, mediano y largo plazo. El objetivo es establecer las bases para una nueva convivencia intercultural en el país, que permita superar o al menos manejar de mejor manera los conflictos existentes y, en definitiva, asegurar el respeto y garantía de los derechos de todas las personas involucradas, incluidos los pueblos indígenas.

Este documento se estructura en dos partes. En el siguiente capítulo se presenta la propuesta y en el Anexo se recoge el diagnóstico que sirvió de base para su elaboración¹.

¹ Agradecemos a la Universidad Diego Portales por el apoyo técnico brindado en la confección de este documento. La asesoría especializada de dicha institución de educación superior constituyó una base invaluable que el INDH enriqueció y cuyo resultado se encuentra contenido en este texto.



2. Propuesta de diálogo Estado y pueblos indígenas

Este capítulo constituye una actualización de la *Propuesta del INDH para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas*. En primer término, se busca (2.1) identificar los principios en materia de diálogo, luego (2.2) actualizar los criterios que debiese contemplar este diálogo y, por último, (2.3) entregar una propuesta sustantiva de los temas que debiesen ser parte del diálogo y la búsqueda de acuerdos institucionales constructivos.

2.1. Principios para el diálogo

A continuación, se presentan los principios que debiesen ser la base para el desarrollo de un proceso de diálogo con la mira de llegar a acuerdos constructivos entre el Estado y los pueblos indígenas². En concreto, son cuatro conceptos que deben guiar el proceso: no discriminación, libre determinación, protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, e interculturalidad.

2.1.1. Principio de no discriminación

Normalmente, la no discriminación se considera “un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”³. Aunque parezca contraintuitivo, en relación con los pueblos indígenas, su aplicación puede apreciarse ya en el Convenio N°107 de la OIT. Este tratado estaba marcado por su orientación a la integración de las “poblaciones indígenas” en los estados independientes. Con todo, esa “integración” también podía vincularse a la igualdad. En efecto, al prohibir la discriminación sobre bases raciales o étnicas y establecer que los pueblos indígenas debían recibir, en pie de igualdad, los beneficios proporcionados a los sectores dominantes de la sociedad, es posible encontrar un reconocimiento del principio de no discriminación⁴.

No obstante, la consagración de este principio para el caso de los pueblos indígenas es más clara en el Convenio N°169, pues en su preámbulo⁵ parte “recordando los términos” de diversos “instrumentos

2 En la identificación de estos derechos fue esencial el trabajo de Vargas (2019).

3 Comité de Derechos Humanos (1989), párr. 1.

4 Rodríguez Piñero (2005), p. 194.

5 Párrafo preambular N°3, Convenio N°169.



internacionales sobre la prevención de la discriminación”. Además, contiene una serie de normas que abordan sus variadas dimensiones.

Por una parte, hay un deber de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (art.1 N°3, Carta de Naciones Unidas). Al respecto, el Convenio N°169 señala que los pueblos indígenas “deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación” (art. 3 N°1). De igual forma, establece la prohibición de discriminar en materias como contratación (art. 20 N°1) y seguridad social (art. 24). Por otra parte, considerando el hecho de que, respecto al resto de la población, los pueblos indígenas se encuentran en una situación de desventaja y vulnerabilidad cultural, económica, social, entre otras, (párrafo preambular N°6), se establecen “medidas especiales”, típicamente temporales, destinadas a garantizar el disfrute pleno e igualitario de los derechos por los grupos desfavorecidos⁶. En esta línea, el Convenio instituye la obligación de adoptar medidas, *inter alia*, para “allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo” (art. 5(c)) o para “garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales” (art.12).

Ambas dimensiones del derecho a la no discriminación se manifiestan también en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Por ejemplo, el art.2 señala que: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”.

Por su parte, el art. 21 N°2 indica que: “Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas”.

2.1.2. Derecho a la libre determinación o autonomía

Se trata de “un derecho fundamental y un prerequisite para el pleno disfrute de todos los derechos humanos fundamentales”⁷, por lo que ha sido conceptualizado como un “derecho colectivo primordial”⁸ y reconocido, entre otros instrumentos, en el art. 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En tanto derecho humano, “la idea esencial de la libre determinación es que los seres humanos, individualmente o como grupos, tienen por igual el derecho de ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho”⁹.

6 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009), párr. 11. En adelante, CERD Recomendación N°32.

7 DAES (2008), p. 7.

8 STAVENHAGEN (1992), p. 92.

9 ANAYA (2009), p. 197.



Aunque no lo señala expresamente, en el Convenio N°169 es posible identificar la existencia del derecho a la libre determinación en su dimensión “interna”¹⁰, es decir, aquella que busca que estos pueblos puedan tener un grado de control o autonomía sobre sus asuntos internos.

Por una parte, el párrafo cuarto del preámbulo del Convenio N°169 -considerando “la evolución del derecho internacional desde 1957” cuando se adoptó el Convenio N°107- justifica la creación del Convenio N°169 en la necesidad de “eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”. Esta referencia es elocuente respecto a la libre determinación. La mencionada “evolución del derecho internacional” estuvo marcada por el abandono del paradigma de la “integración” en favor de la “libre determinación”. Así, por ejemplo, el influyente estudio del relator Martínez Cobo sobre el problema de la discriminación de las poblaciones indígenas señalaba que el régimen normativo de la OIT “debe poner énfasis en el etno-desarrollo y en la independencia o libre determinación, en vez que en la ‘integración y protección’”¹¹. Los borradores de la declaración que en Naciones Unidas preparaba el *Working Group on Indigenous Populations* (WGIP) también giraban en torno a este principio¹². En suma, este párrafo establece como fundamentos del Convenio el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, entendida como capacidad para controlar sus propios asuntos.

Por otra parte, esta lectura se ve ratificada por el párrafo quinto del preámbulo que reconoce, expresamente, “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”, cuyo antecedente se encuentra en una propuesta surgida durante la reunión de expertos previa que, haciendo referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) mencionaba “la fundamental importancia del derecho a la libre determinación”, el que “debería entenderse como libre determinación en la esfera económica, social y cultural”¹³.

A su vez, esta conclusión se refleja en la parte operativa de la convención, primero en las normas del derecho a consulta¹⁴ y de igual forma, aquellas disposiciones en que se establece el derecho de estos pueblos a mantener y actuar a través de sus “propias instituciones”¹⁵, es decir, una manifestación clara de una forma de autonomía institucional¹⁶.

10 YUPSANIS (2011), p. 140.

11 SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES (1987), párr. 337.

12 DAES (2008), p. 13.

13 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (1988), p. 109.

14 Artículo 6, número 2 del artículo 15, número 2 del artículo 17 y número 1 del artículo 28.

15 Artículo 5(b), artículo 6 N°1(a) y artículo 8, N°2.

16 CABRERA (2017), pp. 55 - 60.

Por último, el art. 7 N°1 establece expresamente que estos pueblos tienen “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” consagrando claramente la libre determinación económica. Estos derechos precisamente buscan “la creación de espacios y oportunidades para permitir a los pueblos indígenas determinar libremente sus futuros dentro de los Estados en que viven”¹⁷. En lo esencial, este es el mismo régimen que reconoce la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, art. 4 y art. 46 N°1). Por lo tanto, puede concluirse que a pesar de que esta convención “no se refiere de manera explícita a un derecho a la libre determinación, al autogobierno o a la autonomía, indirectamente logra el mismo resultado”¹⁸.

Asimismo, este derecho ha sido reconocido tanto en la DNUDPI como en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI). Efectivamente, el art. 3 de ambos instrumentos indica que “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”. Mientras el art. 4 de la DNUDPI especifica que “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

Es importante subrayar que cuando se habla de “libre determinación” se refiere a la dimensión “interna”, es decir, a grados de autonomía indígena al interior del Estado en que viven estos pueblos. En efecto, la propia DNUDPI expresa que nada de su contenido “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” (art. 46 N°1)¹⁹. Por ende, es evidente que, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, la libre determinación no puede entenderse como un “derecho a la secesión”²⁰.

Aclarados los contornos del derecho a la libre determinación o autonomía de los pueblos indígenas, es pertinente revisar dos derechos derivados de este principio que son importantes frente al establecimiento de procesos de diálogos entre el Estado y los pueblos indígenas: (a) el derecho a la participación y consulta indígena, y (b) el derecho al desarrollo.

17 SEELAU y SEELAU (2012), p. 249.

18 BARSH (1990), p. 215.

19 En esta norma la DNUDPI replica el lenguaje utilizado por la “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas) de 1970.

20 WELLER (2018), p. 137.

a. Derecho a la participación y consulta indígena

El derecho a la participación política está consagrado en distintos instrumentos del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos y de los sistemas regionales. En el Sistema Universal se encuentra en el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el Sistema Interamericano aparece en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Este principio se replica tanto en el Convenio N°169 de la OIT, como en la DNUDPI y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Como se ha señalado anteriormente, uno de los principios fundantes del Convenio N°169 es reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”²¹. Se trata de un principio participativo que aparece en distintas disposiciones, por ejemplo, el art. 2 N°1 indica que: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. En el mismo sentido, el art. 6 N°1(b) declara que los gobiernos deberán “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. Finalmente, el art. 7 N°4 dispone que: “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

En lo que concierne a la DNUDPI, su art. 18 reproduce la misma lógica planteada en el Convenio N°169: “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. En suma, este principio implica que toda aquella medida que pueda afectar de alguna u otra manera a los pueblos indígenas debe contar con la participación efectiva de estos pueblos, desde su concepción hasta su evaluación²².

Finalmente, en la misma línea, la Corte IDH indicó, en *Yatama vs. Nicaragua*, que:

El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas (...) puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización²³.

21 Párrafo preambular N°4 f)l Convenio N°169.

22 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009b), párr. 43.

23 Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 225.

De esta forma, “el derecho a la participación política de los pueblos indígenas (...) resulta fundamental para garantizar su derecho a determinar libremente su propio desarrollo y definir su bienestar colectivo, garantizando que esta participación pueda realizarse a través de sus propias instituciones”²⁴.

En este contexto normativo, el derecho a consulta ocupa un lugar preeminente. Conocido como la “piedra angular” del Convenio²⁵, este derecho supone el deber estatal de generar un diálogo continuo con los pueblos posiblemente afectados por una medida, con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento sobre la misma²⁶.

Así concebido, el derecho a consulta tiene dos fines. Por un lado, busca obtener el consentimiento de los pueblos consultados, lo que supone llevar a cabo un procedimiento de buena fe, a través de procedimientos apropiados con las instituciones representativas de los pueblos indígenas²⁷, que permita a esos pueblos expresar libremente su punto de vista sobre el asunto tratado. Por otro lado, la consulta tiene el fin de proteger o garantizar los derechos sustantivos de los pueblos indígenas²⁸. Desde esta perspectiva, “las consultas deben llevar a la toma de decisiones que sean compatibles con los derechos sustantivos de los pueblos indígenas”²⁹. A pesar de todas las dificultades teóricas y prácticas que conlleva el cumplimiento de ambos objetivos, no cabe duda de que el derecho a consulta ha pasado a ser un elemento central en la configuración de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en América Latina.

Un aspecto esencial del derecho a consulta que debe ser considerado al momento de diseñar un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, tiene que ver con la “buena fe” del proceso:

Esto requiere en primer lugar que exista un cierto nivel de aceptación mutua por las partes acerca del mismo procedimiento de consulta, con independencia de cuales puedan ser las posiciones sustantivas dentro del procedimiento (...) debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado³⁰.

24 VARGAS (2019), p. 31.

25 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (2009a).

26 Sobre el derecho a consulta en el régimen de la OIT y en el DIDH véase, entre otros, CABRERA (2017).

27 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones), 27 de junio de 2012, párrafos 177-211 (en adelante, Sarayaku).

28 ANAYA & PUIG (2017), pp. 448 y 449.

29 ANAYA (2005), p. 237.

30 ONU, 2009a, párr. 25.

b. Derecho al desarrollo

Este derecho fue reconocido en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (DDD) de 1986 que contiene lo que se conoce como un enfoque del desarrollo basado en derechos humanos, y que se centra en la “participación” y en los “beneficios”³¹. En efecto, según el art. 2 N°3 de la DDD, las políticas de desarrollo de los Estados tienen el deber de cumplir con dos características: ser participativas, en el sentido de que su diseño esté basado en la participación “activa, libre y significativa en el desarrollo” de todos los individuos; y equitativas, en la medida de que así lo sean respecto de la “distribución de los beneficios resultantes” del desarrollo.

En tanto manifestación del derecho a la libre determinación, la noción del derecho al desarrollo es un pilar central en la arquitectura contemporánea de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos. En términos generales, puede conceptualizarse como el principio según el cual los propios pueblos indígenas tienen una voz determinante en cómo se debe llevar adelante, y cuáles metas debe perseguir su proceso de desarrollo. La manifestación del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas buscaría remediar dos fenómenos históricos, pero interrelacionados, que les afectaron.

El primero se refiere al saqueo progresivo de sus tierras y recursos, lo que perjudicó severamente sus economías y medios de subsistencia, dejándolos como “los más pobres dentro de los pobres”³². El segundo fenómeno se relaciona con la discriminación de la que han sido víctimas los pueblos indígenas, la que aún hoy tiende a excluirlos de los beneficios materiales derivados del desarrollo³³. En palabras de la OIT, “los pueblos indígenas con frecuencia terminan siendo las víctimas del desarrollo en lugar de ser sus beneficiarios”³⁴.

En respuesta a estos fenómenos el Convenio N°169 adopta la idea de que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre qué tipo de desarrollo quieren, y a beneficiarse de él. Así, aunque no haga una mención expresa al “derecho al desarrollo”, el Convenio N°169 busca garantizar como uno de sus ejes centrales que los pueblos indígenas puedan tener un grado de control importante sobre su propio desarrollo económico, social y cultural, por ejemplo, en el preámbulo reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico”. Asimismo, en el art. 7 N°1 el Convenio establece tres derechos colectivos que son expresión nítida de este principio. Primero, expresa que estos pueblos deben tener “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”; luego indica que deberán tener el derecho “de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”; por último, reconoce su derecho a participar en “la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional”. Evidentemente, estos tres derechos son una manifestación de la idea del “desarrollo autodeterminado” de los pueblos indígenas.

31 SENGUPTA (2002), p. 853; y GILBERT (2018), p. 65 y ss..

32 ANAYA (2005), p. 149.

33 ANAYA (2005), p. 149.

34 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009c), p. 117.



Además de lo anterior, el reconocimiento del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas del art. 7 se concreta en otras dimensiones³⁵. Una de ellas es la que la OIT ha denominado como el “derecho a los beneficios” que sostiene lo siguiente: “Todos los proyectos y programas de desarrollo deben mejorar la situación socioeconómica de los pueblos indígenas y tribales”³⁶. Este derecho se encuentra consagrado en el art. 7 N°2, que señala: “El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”. En el mismo sentido, el comité tripartito conformado para conocer una reclamación contra Chile indicó que: “Los proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promuevan el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación”³⁷.

2.1.3. Protección de la identidad y formas de vida indígena

Un tercer principio que configura el estándar al que debiese responder un proceso de diálogo se refiere al derecho de los pueblos indígenas a la mantención y fortalecimiento de su identidad cultural y formas de vida. Al respecto, el propio Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) enfatiza: “No deben confundirse las medidas especiales [para asegurar la igualdad sustantiva] con los derechos específicos de determinadas categorías de personas o comunidades, por ejemplo los derechos de las personas pertenecientes a minorías a gozar de su cultura, profesar y practicar su religión y emplear su idioma, los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a las tierras que ocupan tradicionalmente”³⁸. El CERD los cataloga como derechos humanos permanentes³⁹, cuyo fin es “asegurar la existencia y la identidad” de esos grupos⁴⁰. Estos derechos humanos permanentes encuentran su consagración en el Convenio, pues como explica Rodríguez-Piñero, la “reiteración de la necesidad de remover el principio de ‘integración’ de la convención anterior (...) tuvo como consecuencia una fuerte y no cualificada afirmación del valor inherente de las culturas indígenas en la nueva convención que no tiene precedente en el derecho internacional”⁴¹.

35 Sobre los derechos vinculados a esta noción, véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009), p. 118.

36 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009c), p. 118.

37 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016), párr. 149.

38 CERD Recomendación N°32, párr. 15.

39 CERD Recomendación N°32, párr. 15.

40 CERD Recomendación N°32, párr. 26.

41 RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005), p. 321.

Ya en el párrafo quinto del preámbulo, el Convenio reconoce las aspiraciones de estos pueblos “a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones” que más adelante recoge transversalmente en distintas disposiciones. Así, el art. 2 N°1 manifiesta el deber de los Estados de “garantizar el respeto de su integridad”; mientras el art. 5(b) habla de respetar “la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”; y el art. 13 N°1 proclama el respeto por “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”, entre otros.

Esta noción de territorio y los valores asociados a él no es trivial, por el contrario, “coloca por completo el reconocimiento de los derechos indígenas a sus tierras y recursos en un nuevo marco, el que se vincula con el deber general de los estados de preservar la integridad de las culturas indígenas”⁴².

La DNUDPI sigue la línea trazada por el Convenio N°169, al respecto es importante destacar el art. 40 de la Declaración:

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Finalmente, hay que indicar que tanto la Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas (DADPI) en su art. XIII como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³ reconocen expresamente la existencia de un derecho fundamental de los pueblos indígenas a la identidad cultural.

2.1.4. Interculturalidad

El último principio que debiese guiar el diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas es el de interculturalidad. Así lo explica Fonet-Betancourt: “La interculturalidad no apunta pues a la incorporación de lo otro en lo propio, sea ya en sentido religioso, moral o estético. Busca más bien la transfiguración de lo propio y de la ajeno con base en la interacción y en vistas a la creación de un espacio común compartido por la convivencia”⁴⁴. Aun cuando no es propiamente parte del estándar del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los derechos de los pueblos indígenas -pues no tiene un reconocimiento expreso en alguna de las fuentes que lo conforman-, sí está contenido en importantes instrumentos internacionales y comparados.

42 RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005), p. 325.

43 Ver Sarayaku, párr. 213.

44 FONET-BETANCOURT (2001), p. 47.

De acuerdo con la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO -ratificada por Chile el año 2007-, la “interculturalidad” se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo” (art. 4 N°8). En el derecho comparado, las constituciones tanto de Ecuador como de Bolivia establecen en su art.1 que uno de los principios que definen el Estado es su carácter “intercultural”. Adicionalmente, en ambas constituciones se enfatiza la necesidad de promover el “diálogo intercultural” en sus diversas dimensiones (art. 28, Constitución de la República de Ecuador y art. 9.2, Constitución Política del Estado de Bolivia). Esta última indica que la interculturalidad “es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones” (Art. 98.I). Este es el principio final que, se recomienda, debiese guiar el diálogo entre el Estado y los Pueblos indígenas en Chile, según los criterios que se exponen a continuación.



3. Diálogo Estado y pueblos indígenas

A continuación -basado en el contexto actual en que viven los diversos pueblos indígenas en nuestro país, la experiencia comparada en materia de acuerdos constructivos, el estándar internacional relativo a los derechos de los pueblos indígenas y los principios identificados previamente- se sugieren y explican los criterios que debiesen guiar este diálogo⁴⁵:

a. Singularidad

Cada uno de los pueblos indígenas que existen en Chile tiene particularidades históricas, geográficas y culturales propias. Aun cuando la experiencia de discriminación, políticas de asimilación y desposesión territorial fue común a todos los pueblos, los procesos no fueron homogéneos en términos temporales, territoriales o legales. Tampoco son iguales las circunstancias, demandas y desafíos que enfrentan actualmente.

Por lo mismo, junto con plantear un proceso de diálogo con el conjunto de pueblos indígenas que habitan en el país, es menester que dicho diálogo responda también a las características y singularidades sociales, históricas, territoriales y culturales que les caracterizan.

En términos operativos, esto significa que, aun cuando el diálogo se desarrolle dentro de un marco de acción común, es imprescindible realizar esfuerzos para levantar procesos y acuerdos con cada pueblo indígena o, si ellos lo estiman conveniente, con agrupaciones de pueblos cuyas realidades territoriales o culturales son similares. De esta manera, los acuerdos eventualmente alcanzados reflejarían las diferentes demandas e intereses de cada pueblo o agrupación.

⁴⁵ La presente actualización se realiza sobre la base de la propuesta de diálogo presentada por el INDH el año 2014.

b. Convocatoria

La convocatoria a un diálogo de esta naturaleza debería emanar del Estado, asumiendo la responsabilidad que le cabe en la situación actual de los pueblos indígenas y también por ser el garante de los derechos humanos de dichos pueblos.

Este gesto daría cuenta del interés del Estado por abordar integralmente la situación y de transformar el estado actual de las relaciones. Dada la relevancia para el país de un diálogo de esta naturaleza, se propone que la convocatoria sea realizada por el jefe de Estado.

c. Participantes

Tanto el Convenio N°169 de la OIT, ratificado por Chile, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), a la que Chile adhirió, reconocen a los pueblos indígenas como tales, así como su derecho a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (considerando Convenio 169). Además, la DNUDPI reconoce el derecho de libre determinación de estos pueblos (art. 3). En consecuencia, el INDH considera que la participación de los actores centrales de este diálogo -los pueblos indígenas y el Estado- debe ser en un nivel de igualdad.

Concretamente, para que el diálogo comprometa al Estado en su conjunto y teniendo en cuenta su naturaleza política, sería deseable incluir representantes de la más alta jerarquía de los poderes del Estado con representatividad democrática (ejecutivo y legislativo), encabezados por el Presidente de la República.

En el caso de los pueblos indígenas se sugiere tomar en cuenta dos aspectos. Primero, que los participantes debiesen identificarse con la definición revisada anteriormente del art. 1 del Convenio N°169⁴⁶, es decir, que sean pueblos que (i) desciendan de poblaciones que habitaban en el país en la época del establecimiento de las actuales fronteras estatales; (ii) conserven todo o parte de sus instituciones y cultura propia, cualquiera sea su situación jurídica (art. 1 N°1(b)); y (iii) que, como criterio fundamental, tengan conciencia de su identidad indígena (art. 1 N°2).

En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto también en el Convenio N°169, estos pueblos deben definir cuáles instituciones representativas invitarían a participar de la iniciativa. En este sentido, parece relevante tener presente los criterios relacionados con el derecho de consulta establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, así como por el Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya, sobre la responsabilidad que les cabe a los pueblos indígenas en identificar sus instituciones representativas, y sobre las modalidades que se sugieren para que exista una representatividad real de dichos pueblos.

⁴⁶ Ver *supra*, sección 2.1.5.

En conocimiento de la diversidad de organizaciones de los pueblos indígenas, el INDH propone que al convocar a este diálogo se establezca un plazo para que ellos definan cuáles instituciones les representarían en este diálogo (tengan o no reconocimiento del Estado).

Debido a la necesidad de involucrar al conjunto de la sociedad en este diálogo, sería relevante que la convocatoria del Estado establezca mecanismos que posibiliten la contribución de los diferentes sectores de la sociedad chilena (organizaciones de derechos humanos, universidades, gremios, iglesias, etc.). Sin embargo, para ser consistentes, la aceptación de dicha participación, así como su modalidad y nivel de involucramiento, debiesen ser definidas por las partes dialogantes, esto es, los pueblos indígenas y el Estado.

Asimismo, sería recomendable la participación -en calidad de observadores- del Instituto Nacional de Derechos Humanos y de instancias de Naciones Unidas que promueven los derechos humanos, con presencia en Chile.

d. Modalidades

El proceso de diálogo que se propone descansa en el principio de libre determinación o autonomía de los pueblos indígenas, en virtud del cual tienen el derecho “de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7 N°1, Convenio N°169). En este sentido, aunque muchos de sus principios serán aplicables, no se trata de un proceso de consulta, puesto que éste se aplicaría previo a que el eventual acuerdo fruto del proceso de diálogo se traduzca en iniciativas de ley.

Dicho esto, se sugiere que la forma en que se desarrolle el diálogo sea definida por sus participantes al inicio del proceso. Para efectos de que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales, las modalidades en que se concrete el diálogo deben ser consistentes con los principios y estándares de participación que han sido elaborados por el sistema de Naciones Unidas (buena fe, instituciones representativas, procedimientos apropiados, etc.).

Teniendo en cuenta el principio de “singularidad”, se sugiere evaluar la conveniencia de establecer un diálogo común que obedezca a un plan de acción general para todos los pueblos indígenas, y establecer diálogos específicos con cada pueblo, o con grupos de pueblos de realidades similares (pueblos andinos, rapa nui, mapuche, pueblos de los canales australes) y así abordar las demandas e intereses específicos de cada pueblo.

Conforme al modelo de negociación canadiense de los “tratados modernos” -que comienzan a partir de un acuerdo marco para luego arribar a un acuerdo preliminar, que es la base del acuerdo final-, se podría utilizar una estructura progresiva de acuerdos con los pueblos indígenas, que vaya de lo general a lo particular. Así entonces, se sugiere analizar la idoneidad de generar un acuerdo marco con el conjunto de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional, para luego enfocarse en diálogos particulares con los diversos pueblos o grupos de pueblos.

e. Incidencia

Una problemática observada en procesos de diálogo llevados a cabo por diversos gobiernos es la complejidad -derivada de su naturaleza de compromisos políticos- en la implementación de los acuerdos. Por ejemplo, al cambiar el gobierno cambiaban las prioridades o la forma de abordar los conflictos. Adicionalmente, el hecho de que existan acuerdos no cumplidos merma la confianza de los pueblos indígenas para entrar en nuevos procesos de diálogo.

Por ende, debe velarse porque la participación indígena en este diálogo sea incidente. Esto significa primero que, si se llegase a acuerdo, el principio de buena fe obliga al Estado a cumplirlo; segundo que, en caso de no haber acuerdo, el Estado de igual forma debe cumplir deberes específicos, en concreto: (i) considerar la opinión de los pueblos indígenas en las decisiones que adopte, (ii) fundamentar debidamente esas decisiones y (iii) garantizar la protección de derechos.

A partir de la experiencia canadiense de los “tratados modernos” y para demostrar que se trata de un esfuerzo conjunto de los poderes ejecutivo y legislativo, se sugiere que los acuerdos consideren la presentación (por mensaje o moción) de proyectos de ley particulares sobre las principales temáticas abordadas -tal vez a manera de una ley marco-, para que eventualmente se traduzcan en normas concretas y, por lo tanto, que su cumplimiento sea exigible ante los Tribunales de Justicia. En concordancia con el estándar internacional, la tramitación legal debiese incluir un proceso de consulta.

f. Finalidad

El diálogo propuesto debería facilitar un clima de confianza para que las partes compartan sus visiones del pasado, presente y futuro con la finalidad de establecer la base para una nueva convivencia intercultural en el país que permita superar los conflictos existentes. Aunque no se pueda asegurar, el diálogo debería posibilitar llegar a acuerdos sobre las temáticas abordadas, los cuales deberían orientar al Estado en sus futuras iniciativas jurídicas y políticas concernientes a estos pueblos, así como el actuar de los pueblos indígenas representados en el diálogo.





4. Propuesta de temas

Corresponderá a los participantes definir los temas que debiesen ser parte del diálogo y la búsqueda de acuerdos institucionales constructivos. No obstante, basados en la situación actual de los pueblos indígenas en Chile, en la experiencia comparada y en las recomendaciones formuladas por diversos órganos de derechos humanos, se sugiere que el diálogo comprenda al menos las siguientes temáticas: desarrollo, tierras, recursos naturales y compensaciones económicas.

Evidentemente estas temáticas se encuentran intrínsecamente relacionadas, por lo tanto, si en la siguiente tabla se presentan de manera desagregada, es sólo para facilitar su comprensión.

Tabla N°1. Sugerencias de temas para tratar en el dialogo entre Estado y pueblos indígenas

TEMA	JUSTIFICACIÓN
Desarrollo	<p>Actualmente, un 13,2% de la población indígena vive en situación de pobreza versus un 10,5% de la población no indígena, mientras que la pobreza multidimensional afecta al 30,2% de la población indígena frente a un 19,7% de la población no indígena.</p> <p>Según estas cifras y las experiencias comparadas en este tipo de acuerdos constructivos, un tópico imprescindible del diálogo debería ser la búsqueda de formas que impulsen el desarrollo de los pueblos indígenas. En concordancia con las directrices internacionales, estos pueblos tienen el derecho a definir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, por lo tanto, el diálogo debiese llevarse a cabo en base a la noción de “desarrollo auto-determinado”.</p>



TEMA

JUSTIFICACIÓN

<p>Tierras</p>	<p>En sus observaciones sobre Chile, los órganos internacionales han relevado, en materia de tierras dos temas en los que queda camino por avanzar. Por una parte, el reconocimiento de uso/propiedad de sus tierras tradicionales actualmente ocupadas. Por otra, el mecanismo de reparación territorial (por medios que puedan incluir la restitución) respecto de aquellas tierras que perdieron por causas ajenas a su voluntad. La doctrina en general también pareciese estar consciente de la necesidad de reformar el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI).</p> <p>Por lo mismo, pareciese importante que un proceso de diálogo aborde como tarea prioritaria ambas temáticas.</p>
<p>Recursos naturales</p>	<p>De acuerdo con el Convenio N°169, el Estado sigue conservando la propiedad sobre los recursos del subsuelo, así como de otros recursos. No obstante, en general el estándar internacional reconoce derechos de participación sobre los recursos existentes en territorio indígena.</p> <p>En este sentido, dada la importancia que tienen estos recursos para la cultura y desarrollo indígena, se debiesen buscar formas de operativizar los procesos de participación en los diversos niveles de tramitación de los proyectos de inversión basados en la explotación de esos recursos, así como la participación de las comunidades/pueblos en los beneficios que estos generen.</p>
<p>Compensaciones económicas</p>	<p>La experiencia comparada muestra que un tópico central para avanzar en un camino conjunto entre el Estado y los pueblos indígenas es reconocer y saldar las deudas del pasado, que por lo general giran en torno a la desposesión territorial y los procesos de discriminación y asimilación a los que se vieron expuestos.</p> <p>En consecuencia, el diálogo podría abordar la posibilidad de que los pueblos indígenas sean indemnizados, como forma de reparación, por las injusticias del pasado.</p>

TEMA

JUSTIFICACIÓN

Institucionalidad

La institucionalidad actual no ha podido cumplir los objetivos tendientes al desarrollo indígena, la reparación territorial ni la representación política indígena.

Por ende, un tópico para tratar sería el diseño de una institucionalidad indígena que permitiese el cumplimiento de los mencionados objetivos y, al mismo tiempo, asegurase la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión del Estado.

Plurinacionalidad/ interculturalidad del Estado

El proyecto confeccionado por la Convención Constitucional, rechazado en septiembre de 2022, contenía diversas referencias a la plurinacionalidad del Estado. Las discusiones actuales sobre ese carácter multicultural parecieran no reflejar necesariamente el espíritu de diálogo intercultural que debiese guiar la acción estatal y la convivencia intersubjetiva en el país.

Por esa razón, se sugiere que el diálogo contemple una definición respecto del carácter del Estado, que refleje adecuadamente los principios señalados en este informe (no discriminación, libre determinación, valoración cultural e interculturalidad), ya sea abrazando el concepto de interculturalidad, plurinacionalidad o algún otro que vaya en las líneas sugeridas.





ACTUALIZACIÓN DE LA PROPUESTA DEL INDH

PARA EL DIÁLOGO ENTRE EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS