

## **CAPÍTULO VII**

**Fundamentos para una participación política mapuche**



## ÍNDICE

	Consideraciones para la elaboración de una Propuesta Política Mapuche.....	1610
	Introducción.....	1610
I.	El principio de igualdad y los indígenas.....	1610
II.	Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional.....	1614
III.	La libre determinación y la autonomía.....	1617
IV.	Nación, Estado nacional y nacionalismo.....	1618
V.	Pluralismo jurídico ¿Derecho mapuche o interlegalidad?.....	1620
VI.	Derecho, territorio y jurisdicción.....	1623
VII.	Estado chileno y el desconocimiento de los derechos indígenas.....	1625
VIII.	Los derechos indígenas en el ámbito constitucional.....	1628
1.	Reconocimiento constitucional en México.....	1630
1.1.	Antecedentes generales.....	1630
1.2.	Levantamiento indígena. La aparición en escena del EZLN.....	1631
1.3.	Los acuerdos de San Andrés y el proyecto de la COCOPA.....	1631
1.3.1.	Contenido del acuerdo de San Andrés.....	1632
1.3.2.	Propuesta de la Comisión de Concordia y pacificación (COCOPA).....	1632
1.4.	Contrapropuesta del gobierno federal.....	1633
1.5.	Reforma constitucional.....	1635
1.6.	Rechazo a la reforma constitucional.....	1635
2.	Reconocimiento constitucional en Nicaragua.....	1636
2.1.	Antecedentes generales.....	1636
2.2.	Elementos centrales del régimen autonómico nicaragüense.....	1637
2.3.	Reconocimiento constitucional y estatuto de autonomía.....	1637
2.4.	Reforma constitucional de 1995.....	1638
2.5.	Estructura y contenido del régimen de autonomía.....	1638
3.	Reconocimiento constitucional en Colombia.....	1639
3.1.	Antecedentes generales.....	1639
3.2.	Constitución de 1991.....	1640
3.3.	Territorios indígenas, los Resguardos y Entidades Territoriales Indígenas.....	1641
3.3.1.	Los Resguardos.....	1642
3.3.2.	Entidades Territoriales Indígenas (ETIs).....	1642
3.4.	Las tutelas jurisdiccionales y derechos indígenas.....	1643
4.	Reconocimiento constitucional en Panamá.....	1644
4.1.	Antecedentes generales.....	1644

## ÍNDICE

4.2.	Estructura y contenido del régimen de las comarcas en Panamá.....	1644
4.2.1.	Comarca de Kuna Yala.....	1644
4.2.2.	Comarca Emberá-Wuonaan.....	1645
4.2.3.	Comarca Ngobe-Buglé.....	1645
4.2.4.	Comarca Kuna Madungandi.....	1646
4.2.5.	Comarca Kuna de Wargandi.....	1646
	Alcance y efectos de los reconocimientos constitucionales.....	1647
IX.	Derechos indígenas en la transición chilena.....	1648
X.	Participación chilena.....	1651
1.	La participación y el control local.....	1652
1.1.	La participación social y política.....	1652
1.2.	Elemento local.....	1653
2.1.	El control local.....	1654
3.	Descripción propuesta de acción.....	1654
3.1.	Descripción general.....	1654
3.2.	Análisis particular.....	1655
3.3.	Dimensión política del municipio.....	1656
3.3.1.	Participación de las organizaciones indígenas en el Consejo Económico Social Comunal (CESCO).....	1657
3.3.2.	Ordenanza de participación.....	1658
3.3.3.	La participación en la gestión municipal.....	1658
3.3.4.	Los plebiscitos comunales.....	1659
3.4.	Dimensión de conflictos ambientales.....	1659
3.4.1.	Recurso de protección, Art.20 de la C.P.R.....	1660
3.4.2.	Participación en el sistema de evaluación de impacto ambiental. Requerimiento ambiental y denuncias ambientales.....	1660
3.4.3.	Fiscalizadores ad honorem de pesca.....	1662
3.4.4.	Ordenanza medio ambiental.....	1662
3.4.5.	Sistemas internacionales de protección.....	1663
	Conclusiones.....	1664

# Consideraciones para la Elaboración de una Propuesta Política Mapuche

## Introducción

Con el objeto de elaborar o proponer estrategias para el pueblo mapuche, en su actual situación, resulta necesario examinar algunos aspectos relacionados con el discurso de los derechos humanos. Tanto en la discusión teórica acerca de la tensión entre derechos colectivos (de los pueblos indígenas), y derechos individuales o liberales; como también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que de ser silencioso –ciego a las diferencias- en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha ido lentamente, principalmente a través de Naciones Unidas, fortaleciendo la protección de los derechos de las minorías (primero) y pueblos indígenas. De esta forma es que el discurso indígena, al igual que el de los derechos humanos es un discurso emancipador.

Por otra parte, el análisis del discurso teórico referido la formación del Estado nacional y las relaciones interétnicas en Chile, desde una perspectiva histórica, permiten entender el presente de dichas relaciones para cambiarlas en el futuro. Que es lo que en definitiva caracteriza “el nuevo trato”. Pero esta transformación, ¿implica acaso, repensar a los mapuche como una minoría nacional, que reivindica su derecho a la libre determinación? Aun cuando la respuesta pueda ser aun imprecisa, el “nuevo trato” implica necesariamente cuestionarse estos asuntos, la construcción del estado y la nación, la identidad cultural como sujeto político; de otra manera, es decir un trato que pase por no interrogarse sobre estas cuestiones, es en verdad un “viejo trato”.

Otro insumo de esta reflexión, debe encontrarse en los caminos seguidos en otros Estados Latinoamericanos, en la mayoría de los cuales se han producido reformas constitucionales y/o ratificación del Convenio 169 de la OIT, que dan cuenta de un nuevo trato; aunque sólo sea la “Carta” de un nuevo trato que no se ha vuelto palpable.

No es fácil plantear el camino, pero sí es posible establecer algunos hitos, algunas luces que vayan alumbrando el camino.

## I. El principio de igualdad y los indígenas

Aunque el principio de igualdad es uno que se atribuye a la tradición liberal más clásica (Locke y Kant, por ejemplo), y que actualmente el denominado liberalismo procesal o liberalismo igualitario lo ha retomado, exaltándolo como paradigma del pensamiento contemporáneo, este principio nos puede dar algunas luces respecto de las relaciones étnicas; entre otras cosas porque es un principio universalmente aceptado, y consagrado en como principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Stavenhagen, 1997: 43), y de la Constitución política chilena.

El principio de igualdad que enunciaron los pensadores de la Ilustración, tenía que ver con la igualdad individual, o como ha señalado Dworkin (1989), como el derecho a la igual consideración y respeto, que es, según el pensador norteamericano, el más importante de los derechos (Dworkin, Op. Cit.). De cara al razonamiento sobre el sentido de la igualdad, y siguiendo las tesis del filósofo anglosajón Ronald Dworkin, haremos una distinción previa, entre la igualdad como *política*, y como *derecho*. La diferencia entre ambas, la explica Dworkin al señalar que las políticas (o directrices políticas) corresponden al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad...” (Dworkin, op. cit.: 72). Por otra parte, el autor define los principios - que son proposiciones que describen derechos- como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es

una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio” (Dworkin, Op. cit.: 72 y 73). Dworkin sostiene además, que sólo los principios son vinculantes para los jueces en el ejercicio de la interpretación del derecho.

Ahora bien, respecto del tema que nos interesa, esto es, elucidar el sentido y alcance del derecho a la igualdad consagrado en la Carta Fundamental chilena, artículos 1º, inciso primero 19 N° 2 y 3, debemos hacer una segunda distinción, entre el “derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual”. Mientras el primero consiste el derecho a una distribución igual de oportunidades, recurso o cargas, el segundo implica el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto. Sólo en algunas circunstancias, uno incluye al otro; sin embargo, sólo el segundo es fundamental, siendo el primero derivado. El derecho a ser tratado como igual es el que se encuentra consagrado en las bases de nuestro sistema jurídico social y dice relación con la concepción del hombre como un *sujeto moral* en sentido Kantiano. Es decir, como un individuo capaz de discernir su propio bien, de trazar un plan de vida a la luz de ese discernimiento, y de adecuar el conjunto de sus actos a ese plan (Peña, 1998). De esta forma se consagra la autonomía como un valor; y también, como el más fundamental de los derechos; en tanto cuanto, por el sólo hecho de pertenecer a la clase de los humanos, tenemos acceso a los mismos derechos, y el hecho de ser privado de alguno de ellos (y por ende, del derecho a ser tratado como igual), significa considerar a alguien como menos que una persona. Sin duda un principio fundamental en cualquier parte del mundo, y que puede ser esgrimido por los indígenas como una defensa de sus derechos.

No obstante la aplicación de este principio, leído en clave liberal clásica, ha permitido que en su nombre se cometan los crímenes más horrendos (contra los indígenas). ¿Cómo se explica esta incongruencia? Simplemente porque este principio puede tener diferentes lecturas, y es posible revisar distintos discursos de igualdad en el curso de la historia reciente (desde la colonia). Las legislaciones sobre indígenas que se han dictado, en diferentes períodos de la historia, tienen tras de sí la noción de igualdad vigente en el contexto social y político de cada época.

Si bien algunos autores distinguen tres, y hasta cuatro<sup>1</sup> actitudes o formas de enfrentar la relación con otras etnias (y, a su vez, de entender la igualdad), ellas pueden agruparse en dos, las universalistas y las relativistas; o bien, desde otro punto de vista, entre liberales y comunitaristas.

<sup>1</sup> En el período de la Colonia, por ejemplo, “se aplicaron políticas de segregación mediante la separación de regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y racial de indios y españoles” (YRIGROYEN, 1999: 130). La independencia trae consigo, al igual que en la formación de los estados europeos, la noción de Estado-Nación, la teoría de separación de poderes, y el principio de la igualdad ante la ley. “Se buscaba asimilar o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogeneización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron los procesos de independencia” (YRIGROYEN, op. cit.: 130). Surge el cuestionamiento de los estatutos privilegiados y la declaración de ciudadanía plena de los indígenas, en base al principio de igualdad.

RONALD BRETON, denomina esta reacción frente a las etnias como de desconocimiento, que incluye desde el genocidio, el que se refiere al aniquilamiento físico, hasta el intento por asimilar a un Pueblo, que implica su eliminación no en cuanto a las personas que lo conforman, sino a su identidad colectiva (BRETON, 1983: 92)<sup>1</sup>. La asimilación constituye un mecanismo que ha sido utilizado para ignorar las diferencias existentes con los excluidos del sistema, o en términos colectivos, con los pueblos colonizados. Entre nosotros se presenta como un instrumento que permite conformar una identidad nacional única (que omite por cierto la preexistencia de identidades indígenas) que da vida al Estado nacional; permitiendo mantener un grado de exclusión, sin que esto sea vista como una amenaza.

Desde mediados del siglo XX (YRIGROYEN, op. Cit.: 131), en tanto, surge la idea de que los indígenas corresponden a un grupo de personas subordinados y que transitan por etapas inferiores de la civilización, que es necesario integrar a la sociedad e incorporar al desarrollo, para su propio beneficio. En este contexto surgen las agencias estatales asistencialistas para los indígenas y las normas jurídicas de protección (Convenio 107 de la OIT).

Esta segunda alternativa, se presenta por la vía de un reconocimiento de la existencia de las etnias, y de la afirmación de que existe una imperativo ético de asistencia y cooperación respecto de ellas, que por encontrarse en una situación de inferioridad, merecen la preocupación especial de la sociedad global. El discurso asistencialista reconoce la existencia de un otro, pero un otro inferior. Este discurso, no necesariamente es el que se encontraba detrás de la acción de algunas congregaciones religiosas durante la conquista (que por cierto constituyó una mitigación del genocidio), más bien ese discurso entendía que de la singular e inferior condición se derivaba que debía existir un fuero distinto para esto individuos (la encomienda). Mientras, el asistencialismo, que también intenta corregir un circunstancia original de inferioridad, lo hace a través de mecanismos que se entienden como transitorios, y que naturalmente debieran excluirse cuando los inferiores alcanzan una condición que les permita alcanzar su desarrollo, por sí mismos – es decir, como nosotros-. Es lo que se denomina discriminación positiva, o afirmative action..

Para Santos (1995), en cambio, ambas serían universalistas, ya sea universalismo antidiferencialista o diferencialista. El primero opera por la negación de las diferencias, descaracterizándolas. Es indiferente cual sea mi religión, idioma, ancestros o raza, para determinar mi posición y derechos e una sociedad política; la noción de ciudadanía se sobre pone a estos elementos, como reacción a los diferentes fueros que regulaban a los distintos grupos según aspectos particulares. La idea de Estado nacional vendrá a permitir establecer un vínculo más estrecho entre los ciudadanos, resaltando aquellos rasgos que los unen (la racionalidad, la autonomía), por sobre los que los separan.

Santos (1995) señala que la exclusión se manifiesta principalmente en la formación de una cultura hegemónica, producto de la globalización de la cultura, que desconoce el valor de otros conocimientos distintos de los que aportan las ciencias modernas (aquellos que son producto de las identidades rivales de la cultural hegemónica). El Estado capitalista actual posee el dispositivo de la asimilación, para dispersar los conflictos sociales como la exclusión (Santos, op. cit). Por la asimilación entonces, se intenta descaracterizar las diferencias del otro, con el objeto de mantener la exclusión dentro de los márgenes aceptables. De esta manera se impone un idioma, una educación, una forma de control social.

El universalismo diferencialista opera en cambio por la absolutización de las diferencias. Nuestras diferencias nos hace imposible ser iguales en algo, incluso establecer una comparación, ya que no existen criterios transculturales (Santos, op. cit : 6).

Universalismo y relativismo (o universalismo antidiferencialista y universalismo diferencialista) son los verdaderos enemigos de la diversidad (Díaz Polanco, 2000); mientras los que sostienen teorías relativistas (a las que Díaz Polanco denomina etnicistas), son los “enemigos entre nosotros” (Díaz Polanco, op. cit.), el universalismo que emana del liberalismo clásico, retomado por el liberalismo procesalista (igualitario), es -en cambio- el más formidable de estos oponentes.

En las teorías liberales del derecho, no comunitaristas, la igualdad se estructura en base a dos principios conexos: a) que no puede justificarse un trato diverso por razones sexo, raza, lengua o religión, y b) que todos los hombres (y mujeres) tienen iguales derechos (Comanducci, s/f.: 6). Este liberalismo – procesal- se supone a sí mismo como una filosofía neutral, cuando en verdad es una posición filosófica, influida y generada en un contexto histórico y político.

Para una posición relativista, sólo es posible entender una conducta o valorar un hecho, a la luz de la comprensión que emana de la cosmovisión de esa sociedad particular. Para Bohannan por ejemplo, por más celo que se aplique a la tarea de analizar otra cultura “desde afuera”, no es posible eliminar el etnocentrismo de manera absoluta. Lo que según el autor provoca una “cierta tendencia a elaborar análisis falsos del derecho vigente en África, Oceanía y entre los indios de América, mediante un simple traslado de las características del derecho occidental...” (Bohannan, 1964: 230); no quedando más alternativa que usar los “conceptos y categorías nativos de las sociedades estudiadas” (Santos, 1991: 65)<sup>2</sup>.

En palabras de la Corte Constitucional de Colombia el reconocimiento de “la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Las alternativas a esta discusión tradicional están representadas sea por Nader, que plantea un sistema analítico comparado que permite realizar un estudio “desde fuera”; o por quienes, desechando la titánica tarea de elaborar un concepto de derecho, prefieren como unidad de análisis el conflicto o litigio, más universal y práctico. Pero, esta última parece ser más bien una alternativa metodológica para la investigación, pero no reemplaza la necesidad de describir el fenómeno jurídico al interior de las distintas sociedades.

<sup>3</sup> Sentencia T-308 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Septiembre de 1993. Citada, por Sánchez, Esther. 1998. “Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia”. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias políticas y Sociales. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales y Políticas, Bogotá, Colombia, 1998; p. 81.

Pero esta posición, llevada al extremo, es contraria a los derechos humanos, puesto que según ella en general ninguna actuación puede ser valorada sino desde la propia perspectiva, con lo cual sería posible cuestionar actos que se consideran violatorios de los derechos humanos, como el tradicional caso de la ablación del clítoris a mujeres africanas, o más cercano, la libertad sexual de las mujeres indígenas púberes.

Una posición respetuosa de la diversidad rechaza la posibilidad de que emitamos un juicio de valor negativo acerca las culturas *ex ante*. Esto es precisamente lo que hacían (hacen) los conquistadores para convencer a los colonizados su imagen de tal, afectando su autoestima con un falso reconocimiento de sí. La idea es generar, a través de la educación, de la evangelización una idea negativa de sí, de su cultura. Si eliminamos “estos factores deformantes, los verdaderos juicios de valor acerca de las diversas obras colocarían a todas las culturas más o menos en pie de igualdad” (Taylor, 2001: 98), echando por tierra la supuesta superioridad de algunas sociedades. Precisamente esto es lo que reclaman los movimientos organizados de las minorías con a través del reconocimiento, la consideración de igualdad, no sólo a nivel de los individuos, sino también de los colectivos. Sin embargo, del mismo modo como podría constituir una exigencia de una sociedad respetuosa de la diversidad, la suposición<sup>4</sup> que una cultura es *per se* inferior a otra(s); tampoco tiene sentido suponer el valor de una cultura, o de sus expresiones. Aunque según teorías subjetivistas, cualquier juicio de valor en este sentido estaría influido por estructuras de poder.

“Objetivamente, tal acto contiene un gesto de desprecio a la inteligencia de quien lo recibe; ser objeto de semejante acto de respeto es denigrante. Los partidarios de las teorías neonietzscheanas abrigan la esperanza de escapar de toda esta maraña de hipocresía reduciendo todo el asunto a una cuestión de poder y contrapoder. Entonces, de lo que se trata ya no es de respeto, sino de tomar partido, de solidaridad” (Taylor, op. cit.: 103).

En otra perspectiva, Santos distingue entre los conceptos de igualdad e identidad/ desigualdad y diferencia, que el universalismo antidiferencialista que subyace en la gestión del Estado capitalista moderno, reduce a un simplismo intolerable. Por ello, y en la búsqueda de una nueva articulación entre políticas de igualdad e identidad, Santos enuncia un nuevo imperativo categórico: “Tenemos derecho a ser iguales siempre que una diferencia no inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes siempre que la desigualdad nos descaracterice” (Santos, 1995, op. cit.: 42). Toda política que niega -en cambio-diferencias que no inferiorizan, es una política racista. Tenemos derecho a tener las mismas oportunidades para superarnos individualmente, las mujeres deben tener los mismos derechos sexuales o de oportunidad para acceder a un trabajo, con igual remuneración; y a que se remuevan las condiciones que provocan estas discriminaciones. Pero tenemos derecho a mantener las diferencias que nos caracterizan, como el idioma, la religión, las tradiciones.

Este imperativo categórico debe llevarnos a excluir, por una parte, un liberalismo igualitario universalista, que pretenda que existe una visión del mundo y las relaciones humanas, una sociedad, como aplicable en todo tiempo y lugar, como “la mejor”. Es una realidad –valiosa- que existan diferentes visiones, y que ese entorno es valioso para conformar al individuo.

Paro también, y con la misma fuerza, este imperativo nos permite excluir el exaltar aquellas diferencias que sólo nos descaracterizan, que afectan la dignidad individual. Aun cuando este concepto, sea foráneo, porque a estas alturas si parece ser compartido. No es posible justificar, en nombre de la cultura, cualquier atrocidad. En este sentido, si bien no es posible prejuizar una sociedad porque tiene una identidad diferente, como inferior, tampoco es admisible que no sea posible emitir un juicio (informado) sobre una determinada cultura. El argumento proveniente desde la teoría de la dependencia y de Foucault, no aporta más que el mantenimiento de una perspectiva asistencialista.

---

<sup>4</sup> Entendida como una “hipótesis inicial que nos permite aproximarnos al estudio de cualquier otra cultura” (TAYLOR, op. cit.: 98)

Bajo esta perspectiva entonces, decimos que toda sociedad tiene el derecho y el deber de revisar las prácticas fundadas en sus tradiciones, costumbres y valores (y así ocurre efectivamente, aun cuando no dijéramos nada), como por ejemplo los sacrificio humano, la postergación de la mujer, las desigualdades internas, etc.

“No se trata de que las diferencias culturales determinen las diferencias culturales, por ejemplo, del habeas corpus. Pero sí distinguen estos derechos fundamentales de la vasta gama de inmunidades y presuposiciones del trato uniforme que han brotado en las culturas modernas de revisión judicial. Estas modalidades de liberalismo están dispuestas a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme contra la importancia de la supervivencia cultural, y optan a veces a favor de esta última” (Taylor, Op. cit.: 91).

Por lo mismo, no todas las vertientes liberales se oponen a la diversidad (en el sentido como la hemos entendido aquí), el liberalismo comunitario de Kymlicka por ejemplo, incorpora la idea de los derechos colectivos, como “protecciones externas”, aunque Kymlicka se opone a las “restricciones internas”, que facultan a un grupo “para regular las relaciones de sus miembros e imponer restricciones sobre ellos” (Assies, 2000, “la oficialización de lo no oficial.: 12).

Esta es la tensión entre derecho individuales y los colectivos. El liberalismo en la versión de Rawls, repele la institución de los derechos colectivos, por cuanto el titular de los derechos es siempre individual, del cual se predica la autonomía, el sujeto moral en el sentido kantiano, es decir aquel que es capaz de discernir sobre su proyecto de vida y de actuar conforme a él.

La Corte Constitucional de Colombia ha dictaminado que “...los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, lo que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP. Art. 1 y7)”<sup>5</sup>.

La contradicción entre derechos individuales y colectivos es –en verdad- una falsa disyuntiva, porque los derechos colectivos no tienden sino a la vigencia de los derechos individuales de los pueblos indígenas, ¿Cómo podría ejercer una indígena, su derecho a la práctica de ritos tradicionales, se pregunta Magdalena Gómez, si se niega el acceso de la comunidad a sus sitios sagrados? (Gómez, 2000: 1047); y en tanto no sean funcionales a ello, sino a su violación, no deben considerarse derechos humanos (Assies, 1999, et al., Op. cit.: 519).

Estas tensiones (entre derechos individuales vs. derechos colectivos, entre universalismos y relativismos) no son sólo una disquisición teórica, una interesante discusión académica, la historia de la relación interétnica en Chile, por ejemplo, se puede leer desde esta discusión, y el futuro de esta relación (y las propuestas de cambio) pueden ser elaboradas a partir de estas tendencias; y por lo tanto al cuestionar el sentido de asimilación e imposición sobre una minoría<sup>6</sup> como los mapuche, pero con el cuidado de que esa crítica nos permita avanzar hacia una sociedad más abierta y diversa; y fortalecer -y no debilitar- la democracia.

## II. Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional

En el ámbito derecho internacional de los derechos humanos, con la conformación de la Organización de Naciones Unidas ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, genera un cambio en la percepción de los Estados acerca de su compromiso por el respeto de los derechos de las

<sup>5</sup> Sentencia T-308 de 1993, citada.

<sup>6</sup> En el texto no se usa el término en sentido peyorativo ni cuantitativo, sino de hegemonía social.

personas; que redundará en la utilización de este ámbito jurídico, como una estrategia efectiva en la reivindicación de los derechos indígenas. En efecto, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos (DU) de 1948 no se refirió a las minorías étnicas sino sólo a los derechos individuales, se puede decir que la evolución de los derechos de los indígenas, en tanto minoría (vinculadas con los procesos de colonización), se desarrolla a partir de ese momento, en tanto uno de los principios fundamentales de la DU lo constituye el de no discriminación.

En 1947 la Comisión de Derechos Humanos estableció una Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las minorías, que comienza a preocuparse por el tema de las minorías, que desemboca en primera instancia en la incorporación del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, el que consagra el derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, para desarrollar su cultura, ejercer su religión u utilizar su idioma. Aunque se ha criticado la debilidad de esta consagración porque consagra derechos de manera negativa “no imponiendo ninguna obligación a los Estados en cuanto a superar las situaciones carenciales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000: 24), no establece derechos colectivos, que puedan reclamar estas minorías, sino las personas que pertenecen a ellas. Por último se ha dicho (Stavenhagen, 1997: 55) que deja a los Estados la determinación si en ellos existen minorías o no.

El mismo PIDCP establece en su artículo 1 el derecho a la libre determinación de los pueblos. Aunque los indígenas han señalado que este sería el más fundamental de sus derechos conculcados (ya que permite ejercer el resto de los derechos), no existe consenso en cuanto a si ellos son titulares de la autodeterminación, ya que no hay acuerdo sobre la definición de pueblo. En todo caso, Naciones Unidas se ha inclinado en el sentido de que se trata de “un conjunto de pobladores de un territorio o de un Estado, independientemente de sus elementos políticos o culturales” (Stavenhagen, op. cit.: 57). Sólo se ha aceptado una interpretación diferente para el caso de los pueblos coloniales dominados por una potencia extranjera, en cuyo caso la libre determinación se ejerce por una vez para acceder a la independencia política. Los indígenas han reclamado que únicamente corresponde a ellos el definirse como pueblos, cuando comparten ciertas características étnicas y culturales.

En 1971 ONU realiza un estudio sobre la discriminación racial, pero dejando para otro estudio la situación de las poblaciones indígenas que se publicara sólo en 1983. En la década del '70 se genera la idea de generar un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas para generar un instrumento específico, que el Consejo Económico y Social, autorizará en 1981. No obstante, será la OIT, la que se decidirá primero, en 1985, a revisar el Convenio 107 para actualizar el tratamiento jurídico internacional de los indígenas. El interés de la OIT por los derechos de los indígenas surge antes de la descolonización, en tanto la OIT tenía como principal preocupación la situación de los indígenas sometidos a esclavitud o tratamientos inhumanos de trabajo en países colonizados.

En 1989 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo aprueba el “Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, que viene a revisar al primero, y que entró en vigencia luego de la ratificación por México en 1991<sup>7</sup>.

En definitiva, si bien el Convenio 169 incorpora los nuevos sujetos de derechos colectivos: los Pueblos Indígenas y Tribales (PIT), se aclara que este concepto no debe entenderse en el sentido que se utiliza en otros instrumentos internacionales, en clara alusión al derecho a la libre determinación. El Convenio 169 consagra como derechos políticos o de participación de los PIT, el derecho a ser consultados por el Estado, derecho a establecer sus propias prioridades de desarrollo, derecho a participar en colaboración con el Estado en la protección del medio ambiente –sistemas de cogestión- y la autonomía. Sin embargo, el convenio impone varios candados. Al excluir el derecho de libre determinación, el Convenio reconoce que existen dos tipos de naciones; las naciones que son titulares del

---

<sup>7</sup> Hasta el año 2001 lo han ratificado Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Islas Fiji y Argentina.

derecho a la libre determinación de acuerdo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y los pueblos indígenas, que al no disponer de ese derecho, son naciones de segunda categoría. Los mecanismos que dispone la OIT para garantizar la aplicación del Convenio por los estados son bastante largos, engorrosos y poco efectivas, la OIT sólo puede hacer recomendaciones a los gobiernos y no puede obligar al Estado. En general, la aplicación que la OIT ha dado del Convenio es bastante errática (Assies, 2000), debido a la concepción que este organismo internacional tiene de los derechos indígenas, fundado en una concepción que viene de la época colonial con un carácter asistencial. En el ámbito de participación las facultades tienen restricciones genéricas que pueden –en algunas circunstancias- bloquear las demandas de los indígenas. El artículo 7 del Convenio dispone que “los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.....en la medida de lo posible”. El artículo 6 establece que los gobiernos deben –al aplicar el Convenio- “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados...”, pero no se establece cómo es un procedimiento apropiado, salvo que deben efectuarse de buena fe y de una “manera apropiada a las circunstancias”, lo que nos deja sin ninguna certidumbre. En el caso de México por ejemplo, el Congreso Nacional rechazó las propuestas de reforma constitucional que se fundaban en los “Acuerdos de San Andrés”, y en cambio, dispuso que cada Estado Federal debía resolver si las incorporaba en su propia Constitución. El movimiento indígena reclamó que en la aprobación de dichas reformas no se consultó a los indígenas de acuerdo al artículo 6, sin que dicha reclamación tuviera efectos jurídicos concretos.

En general, las resoluciones de la OIT tienen más valor político que jurídico.

El Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, por su parte, sólo comenzará funcionar en 1982, con el objeto de elaborar una Declaración Universal de Derechos de los pueblos indígenas; y en 1994 se inicia la década de los Pueblos indígenas, al final de la cual se espera contar con un proyecto aprobado.

Del mismo modo en la Organización de Estados Americanos OEA, se discute sobre un Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante el Proyecto), que presentó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1997. Este Proyecto recoge la misma restricción respecto de los Pueblos que se establece en el Convenio de la OIT; no obstante es más explícito que este último al disponer que “los Pueblos Indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a...” (art. XV. 1)<sup>8</sup>. En el contexto de la discusión de la OEA algunos Estados han aceptado el derecho a libre determinación interna de los PIT<sup>9</sup>.

El proyecto de la CIDH refuerza este derecho de participación, disponiendo que los Pueblos participarán sin discriminación en todos los niveles, “directamente o de acuerdo a sus propios procedimientos” (art. XV.2).

Los derechos sobre la tierra son esenciales en el programa del movimiento indígena, por ser parte fundamental de su existencia y cultura, pero en las nuevas normativas se distinguen dos ideas distintas y complementarias: la Tierra y el Territorio. La primera de estas nociones se refiere a la idea clásica de tenencia de la tierra y la garantía sobre su propiedad. En cambio, el Territorio tiene varias acepciones: como los espacios a que los PIT tradicionalmente accedían, pese a que no tienen derechos exclusivos sobre ellos (art. 14.1 del Convenio y XVIII. 2 del Proyecto), como el derecho sobre los recursos naturales y como espacio de jurisdicción de los indígenas.

En un sentido similar, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, a propósito de una denuncia interpuesta por la comunidad indígena de Awas Tingni (Nicaragua), “que el artículo 21 de la Convención [Americana] protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de la comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal... que para

<sup>8</sup> Se ha criticado esta redacción porque la libre determinación sería el derecho, y la autonomía, la forma de ejercerlo.

<sup>9</sup> En la última reunión de Marzo de 2002, el representante del Gobierno de EEUU afirmó que....

las comunidades indígenas la relación material con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.<sup>10</sup> Finalmente la Corte consideró que “la propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica”<sup>11</sup>.

Tanto el Convenio como el Proyecto de la CIDH contemplan derechos colectivos sobre la Tierra y el Territorio, tal como se resume en el siguiente cuadro:

Los artículos 8 y 9 del Convenio consagran la obligación de los Estados de considerar debidamente las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, al aplicar su legislación. El derecho de los pueblos a “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”. Bajo la misma condición anterior (sujeción a los derechos humanos) derecho a que se respeten los métodos a los recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

### III. La libre determinación y la autonomía

El derecho a la libre determinación se encuentra consagrado en los dos Pactos fundamentales sobre derechos, de la ONU (el de derechos civiles y políticos, y el de los derechos económicos, sociales y culturales); “en virtud de este derecho [los pueblos] establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Este derecho humano colectivo, reconoce su origen en la discusión internacional de principios del siglo XX, al hacerse explícita una costumbre muy antigua, en virtud de la cual los grupos nacionales que desearan pueden obtener la autonomía dentro del Estado a los que están integrados; más que defender un principio ilimitado de secesión (Obieta, 1989). Este pronunciamiento y defensa de un tal derecho, generó expectativas desenfundadas para poner término al derecho de conquista. No obstante, los Estados fueron mucho más mesurados en aplicarlo, y antepusieron siempre sus intereses económicos y políticos. Dando lugar a lo que ha sido la constante reacción de los Estados frente al reclamo de la autodeterminación por las nacionalidades que los conforman.

La discusión de la aprobación del Convenio 169 OIT se centró precisamente en la demanda de los movimientos indígenas de que se estableciera que los titulares de los derechos allí establecidos serían los Pueblos Indígenas. El temor de los Estados se centró en que el reconocimiento de que las culturas indígenas formaban pueblos al interior de los Estados nacionales, implicaría la reclamación del derecho a libre determinación y, con ello, la posterior *balcanización* o desintegración de los Estados en torno a luchas nacionalistas. No obstante, el Convenio ha sido interpretado en el sentido de que da pie para una autodeterminación interna (en el Estado) o autonomía, y a sistemas de administración territorial compartida.

En todo caso, la autodeterminación implica la concurrencia de tres elementos:

1. Por una parte requiere referirse al tema que Obieta denomina “autodisposición interna” (Obieta, op. cit.), “el derecho de un pueblo a configurar una estructura de poder suficiente que le permita tanto la representación como la regulación política interna de la sociedad” (Naguil, 1997: 28). Esto implica determinar quién y de qué manera administra el espacio o jurisdicción indígena, qué autoridades, cómo es su generación, cuáles son sus atribuciones y su responsabilidad, etc. Es el caso de las *Entidades Territoriales Indígenas* (ETI) consagradas en el artículo 329 de la

<sup>10</sup> Caso de la Comunidad mayagna (sumo) *Awas Tigni vs. Nicaragua*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de Agosto de 2001, p. 78.

<sup>11</sup> *Ibid.*

Constitución de Colombia, cuyo gobierno se encuentra radicado en un *Concejo Indígena*, el que estará conformado y reglamentado de acuerdo a los usos y costumbres de sus comunidades, estableciéndose sólo un mínimo de aspectos, respecto de los que debe hacerse cargo (como velar por la aplicación de la ley, promover inversiones públicas, diseñar planes y estrategias, etc) (art. 330). Asimismo, la Constitución y Estatuto de Autonomía de Nicaragua, establecen que las Comunidades de la Costa Atlántica gozan de un Régimen de Autonomía (art. 4, Ley N° 28), cuya autoridad administrativa superior son los Consejos Regionales Autónomos de la Costa Atlántica (Norte y Sur) (art. 16).

2. En segundo término, las autonomías requieren de un fundamento material, que a la vez cumple un efecto simbólico: el territorio, que de acuerdo al concepto acuñado en el Convenio 169 se refiere al hábitat que ocupan los indígenas, lo que incluye los recursos naturales que se encuentran en ese espacio. Es, en la terminología de Obieta, el derecho de “autodelimitación” (Naguil op. cit.: 27). Particularmente, el tema tiene que ver con la administración y/o control de los recursos naturales. En este sentido, se puede señalar a modo de ejemplo el caso de la Costa Atlántica de Nicaragua y el reconocimiento de las tierras comunitarias en la misma Constitución de ese país caribeño (art. 180), en Brasil (art. 231), Colombia (art. 330) y Paraguay (art. 64). No obstante, tanto en el desarrollo de la autonomía en Nicaragua, como en los pueblos indígenas en general, la cuestión del control y aprovechamiento de los recursos naturales es un desafío pendiente, ya que los Estados siguen ejerciendo predominio sobre los espacios territoriales autónomos a través de las concesiones mineras, de aguas y de otros recursos a empresas externas. Esto, además, cuestiona en general el modelo de desarrollo que se encuentra incorporado en las políticas gubernamentales, regionales y globales; ya que se proponen otras formas de tenencia y distribución de la tierra y sus riquezas, poniendo en aprietos al paradigma de la distribución de bienes escasos en nuestro derecho: la propiedad privada.
3. Además, el tema de la autonomía incluye el derecho colectivo de los pueblos Indígenas para resolver los conflictos de acuerdo a la manera que ellos determinen y bajo un régimen de normas y valores escogidos. En efecto, uno de los aspectos que incorpora la plataforma reivindicativa de los indígenas en Latinoamérica es lo referente al derecho indígena, es decir, al derecho a otorgarse sus propias reglas de conducta, y de juzgamiento de los comportamientos contravencionales, pero también las formas propias de administración, transmisión y distribución de los recursos naturales. Algunas de estas constituciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) han reconocido, en mayor o menor medida, las costumbres jurídicas o “derecho consuetudinario” indígena, estableciendo normas para su consideración por el derecho estatal y/o para su desarrollo a través de sistemas de jurisdicción indígena.

## IV. Nación, Estado Nacional y nacionalismo

Algunos de los cuestionamientos fundamentales que han presentado los parlamentarios chilenos, a las propuestas de Reconocimiento legal de los indígenas, se refieren a que éste produciría el efecto de socavar la “unidad nacional”, y que Chile –en cambio- es un Estado unitario; que la soberanía, recae en la nación, y cualquier grupo de ella que la reclame, vulnera la misma Carta fundamental. Estas críticas parten de supuestos falsos y se afirman en hipótesis no demostradas, meras especulaciones.

Por una parte, la adscripción de la Carta al modelo unitario de Estado (que es además la forma que ha tenido siempre el Estado chileno) se refiere a la forma de distribución del poder en el territorio del Estado. Pero que otros países hayan en cambio, preferido otro modelo, por ejemplo el federal, no implica una división de la nación. La forma jurídica del Estado es asunto relacionado pero diferente de la soberanía nacional.

La idea de soberanía, que en la Constitución chilena se predica de la nación (a diferencia de muchas constituciones que prescriben que esta reside en el pueblo), cuando este puede mantener “en el ámbito interior la paz y el orden y que puede proteger externamente las fronteras” (Habermas, op. cit.: 84) Es decir, tiene una dimensión interna, que consiste en que no hay otro poder que se sobreponga al Estado, y al orden jurídico; y uno externo, que implica tener el status de sujeto de derecho internacional, reconocido por los otros estados como miembro independiente. Por lo mismo, no hay otra entidad que pueda ejercer la soberanía dentro del Estado, esto afecta la constitución misma del Estado (de ahí que en el derecho internacional existe un estatuto especial en el caso de Estado que se encuentran en guerra civil, y uno de los bandos ejerce el poder en una parte del territorio). En el caso de las autonomías, no es que el Estado entregue la soberanía, o que esta se vea vulnerada, sino que la forma en que se ejerce la soberanía no es a través de un Estado unitario (v. gr. Chile), es decir no hay un sólo centro de poder; pero –en otro sentido- las autonomías forman parte del Estado, pues están previstas por el propio ordenamiento jurídico (la mayor de la veces en la Constitución). Así, la autonomía no otorga soberanía -que no es una atribución de la Nación, sino del Estado-, otorga jurisdicción.

Pero además, la referencia de la Carta a que la soberanía reside en la nación (asunto diferente a la forma jurídica del Estado), presume el hecho que Chile está formado por una sola nación. Esta es la idea del Estado nacional.

“Según la comprensión moderna. ‘Estado es un concepto definido jurídicamente que en el orden material hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como externamente; en términos especiales, se refiere a un territorio claramente delimitado; y, socialmente, a la totalidad de los miembros, es decir, al pueblo propio de un Estado’ (Habermas, op. cit.: 83). La idea de nación, sólo a partir del siglo XIX se entiende como “pueblo propio de un Estado”, vinculándolo directamente a la idea de Estado, pero el término nación puede entenderse en diferentes sentidos, de acuerdo a la época histórica de que se trata. Para lo romanos por ejemplo *natio* era opuesto a *civitas*;, los miembros de las naciones no tenían los mismos derechos que los ciudadanos romanos, no estaban integradas al marco estatal de Roma y sólo tenían relaciones de vecindad y lingüísticas. Este sentido se le atribuyó hasta la edad media, y estaba asociada “desde un principio la procedencia nacional atribuida por otros con la delimitación negativa de lo extraño respecto de lo propio” (Habermas, op. cit.: 86) . Para la época medieval, la nación asumió, en cambio, un sentido distinto. Se entendía a la nación, como cierta clase de súbditos, que tenía una existencia política restringida. Mientras al pueblo (entendido como la totalidad de los súbditos) se le negaba la titularidad de derechos (y por ende, su condición de ciudadanos) , la nobleza, gozaba de esta representación frente al poder de la Corte. “La transformación de la ‘nación de la nobleza’ en ‘nación étnica’ –un proceso que avanza desde finales del siglo XVIII- presupone , en definitiva, un cambio de la conciencia inspirado por los intelectuales. Este cambio se llevó a cabo primeramente entre la burguesía urbana... La conciencia nacional del pueblo se condensa en ‘comunidades imaginadas’ reelaboradas reflexivamente mediante historias nacionales, comunidades que llegaron a ser el núcleo de cristalización de una nueva autoidentificación colectiva” (Habermas, op.cit.: 87).

Vale la pena destacar que la nación no constituye una organización “natural” y que por ello, no tenga referencia alguna en su conformación, la voluntad de quienes los integran. La nación entonces, es un ente artificial, en el sentido que no existe “desde siempre”, o independiente de sus forjadores. Una concepto naturalista de la nación favorece posiciones etnocéntricas y fundamentalistas.

Esta discusión, en todo caso, nos remite a la definición misma de nación (ya entendida como nación étnica). Según Martínez (1999) existen tres enfoques teóricos a la hora de analizar la identidad nacional, primordialismo, instrumentalismo y constructivismo. Mientras algunos ponen énfasis en los elementos objetivos –lengua, cultura, raza-, otros lo hacen en los subjetivos. La nación en definitiva, sería un “fenómeno de conciencia que se activa para determinados fines” (Martínez, 1999:28). Azcona(1984) en cambio (citado por Martínez) sostiene que “el nacionalismo vasco y todos los nacionalismos son construcciones sociales, humanas, en cuya edificación se emplean materiales objetivables empíricamente, pero con una significación de naturaleza diferente de la que poseen en su empiricidad” (Azcona, op. cit.: 117). “En el fondo -complementa Martínez- el surgimiento y la vivencia colectiva de una

conciencia nacional diferenciada dependen de la capacidad de todo proyecto político de generar símbolos de legitimación social y de su habilidad para reproducirlos y mantenerlos” (Martínez, op. cit.: 29).

La idea de nación y la identidad nacional, tienen aspectos o dimensiones positivas, que en la historia universal han provocado avances sólidos de la humanidad hacia una sociedad más democrática; pero asimismo, ha sido el sostén ideológico para el genocidio y el imperialismo.

Habermas (op. cit.) sostiene que la noción del Estado nacional, es decir, la idea de que los súbditos de un Estado conforman una agrupación más o menos uniformes, que comparten tanto elementos subjetivos como objetivos y poseen una identidad común, favoreció el tránsito de una sociedad medieval la época moderna, desde un Estado monárquico hacia la conformación del Estado democrático de derecho, a través de la integración social sobre la base de un nuevo modo de legitimación (Cfr. Habermas, op. cit.). En efecto, la formación de los Estados modernos, especialmente de algunos países de Europa (como Alemania, Italia, Francia), y de América implicó que por razones más bien azarosas, de la noche a la mañana personas que no tenían nada en común se encontraron bajo un mismo poder estatal; sólo la idea de nación, permitió que la figura del estado tomará vigor, que con la sola vinculación ciudadana, no podría adquirir. En fin, la idea de Estado nacional, facilita la transformación de un Estado monárquico, en que la soberanía reside en el Príncipe, y que por lo mismo las facultades “concedidas” a los súbditos son reconocidas como “libertades subjetivas” (verbi gracia, el acta habeas corpus de 1215), a una Estado donde la soberanía reside en el pueblo, y sus facultades son por lo mismo, derechos del hombre y del ciudadano. Así las cosas, es claro que Estado y Nación son dos cosas diferentes, y que se encuentran relacionadas en la coyuntura histórica de la conformación del Estado moderno.

Habermas sostiene que este es el aspecto positivo de la idea de Estado nacional, y de la identidad nacional. En forma directa, la generación de este sentimiento de sentirse como parte de una identidad cultural que se identifica con una forma jurídica: el Estado de derecho, que a su vez trae consigo la noción de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia y la responsabilidad de los gobernantes. Por otra parte, en general, “en las sociedades modernas, los grupos de poder deben recrear constantemente los símbolos y llenarlos de sentido para que puedan guiar el camino de unas representaciones colectivas en proceso constante de cambio” (Martínez, op. cit.:29), lo que implica la uniformización en torno a una sola identidad nacional. No obstante, como reconoce el propio Habermas, “detrás de una fachada tal (un pueblo presuntamente homogéneo) se esconde tan sólo la cultura hegemónica de una parte dominante” (Habermas, op. cit.: 94). De tal forma que el Estado nacional entra en conflicto con la nación étnica, la noción de universalidad de los derechos, con la particularidad de las identidades culturales y la diversidad. Por ello, es que Habermas plantea que la luz en el túnel, debe buscarse en una armonización entre la concepción de ciudadanía y la identidad nacional étnica. El nacionalismo, es decir la radicalización del discurso nacional, contiene en sí otros riesgos que ya se han planteado en la primera parte de este trabajo. Pero que básicamente pueden resumirse en el peligro de que el discurso nacional se puede volver propagandístico y permitir a las minorías ejercer una dominación sobre la sociedad (v. gr. Los discursos por la libertad y anti musulmanes del gobierno norteamericano). Por otra parte (y aplicable a las minorías nacionales) , que la noción de nación como estado natural se sobreponga y genere una posición etnocéntrica, dónde el objetivo de los connacionales es afirmar la independencia de la nación a cualquier costo.

## V. Pluralismo jurídico

El pluralismo legal surge principalmente en un contexto de colonialismo, es decir de la dominación de una sociedad por otra, y la forma de articular las relaciones sociales entre el Estado colonizador y los derechos tradicionales; también es posible identificarlo en “el caso de países con tradiciones culturales predominante o exclusivamente no europeas, que adoptan el derecho europeo como instrumento de “modernización” y de consolidación del poder Estado”. (v. gr. Turquía, Tailandia, Etiopía) (Santos, 1991,

op. cit.: 70); y en situaciones de revoluciones socialistas, como en la ex URSS, y en países islámicos, donde el derecho “revolucionario” entra en conflicto con el derecho tradicional. También se conoce esta situación en los distintos países de América Latina, donde el derecho y las formas de control social reconocidas y utilizadas por los indígenas, han sido desconocidas por el derecho indiano, y luego por el derecho estatal (Yrigoyen, 1999, op.cit.).

Sólo en los últimos años, los juristas se han preocupado por responder a la pregunta si pueden coexistir varios derechos en un mismo Estado, incorporando la discusión sobre el derecho indígena. El proceso de reforma constitucional en Latinoamérica, en lo que se refiere al reconocimiento de la diversidad en las últimas décadas, constituye también una transformación en la percepción acerca del Estado y del Derecho; en el sentido de dejar atrás la oposición entre “modernidad” y “tradición”, que primaba durante las décadas del 50’ y 60’. Las “*políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad que los estatales*” (Hoekema, 1998: 263). En esta perspectiva se concebía al Estado como un “estado liberal, unitario y monocultural, basado en el principio de derechos iguales para individuos iguales” (Sierra, 1995: 244). En el denominado derecho “moderno”, la doctrina jurídica establece “un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica” (Yrigoyen, 2000: 11), que Yrigoyen (2000, op. cit.) denomina “monismo jurídico” o la teoría monista del derecho. Esta identidad entre el Estado y el Derecho se halla íntimamente ligada a la idea surgida con la revolución francesa, que los Estados responden a la necesidad de organización jurídica de *una* nación (en un Estado sólo existiría una Nación). Por ello no resulta extraño que el reconocimiento de la diversidad sea entendida como la formación de un “Estado dentro de otro Estado”.

### ¿Derecho mapuche o interlegalidad?

“El Pluralismo Jurídico tradicional concebía estos niveles (local, nacional e internacional) pero percibido como entidades separadas que coexistían. La visión posmoderna consiste en captarlos como espacios que operan simultáneamente, que no sólo interactúan sino se intersectan y se interpenetran, más aún, no están coordinados ni tienen sincronía (a esta situación De Souza Santos la describe con el término de interlegalidad)” (Ochoa, 2002:112)

La idea de interlegalidad describe el marco jurídico actual, que esta compuesto por una serie de espacios legales contra y superpuestos (local, regional, identitario, contractual, transnacional, etc.). En este contexto, de múltiples normas que se superponen (tratados internacionales, constituciones, leyes, derecho indígena) se produce una interactividad que *per se* no implican una condición de reconocimiento y desarrollo de los pueblos indígenas, pero que se potencian entre sí, en la medida en que el movimiento indígena genere esa dinámica. Los cambios se producirán de acuerdo al contexto e historia de cada pueblo, “desde abajo”. Por lo mismo, la mirada hacia la legislación internacional y comparada, tiene como objetivo conocer experiencias y condiciones externas que pueden influir en los procesos locales, pero no serán determinantes ni idénticas en todos los casos.

Una demostración de que existen actualmente diferentes espacios legales en que los mapuches resuelven actualmente los conflictos, se evidencia por ejemplo en el caso de la constitución del “Comité de Repukura”, IX Región (Duran, Salamanca, Lillo, 2001) Este es el caso de una orgánica legal, dispuesta en la ley para determinados objetivos (prevenir la delincuencia y colaborar con la labor de la policía), que los mapuche de ese sector han reinterpretado, utilizándolo como un mecanismo propio de resolución de conflictos (represión de conductas consideradas ilícitas), especialmente los referidos al robo de animales o abigeato. Particularmente, esta organización se involucró en un caso diferente (Cfr Duran, et. al., op. cit.), resultando la muerte del infractor. Al producirse este evento y ser advertido por la burocracia estatal, los autores confiesan judicialmente que le han dado muerte. Es posible, que entre los factores que les lleven a confesar, esté la convicción de que el haber dado muerte al sujeto, fue considerado, no sólo lícito, sino que una obligación jurídica.

En este caso entonces, no sólo se puede advertir la coexistencia de dos órdenes jurídicos, sino –más bien- la “convivencia” de distintos niveles: el orden local consuetudinario y el orden legal estatal. Ambos conviven en una forma no prevista, porque la organización que conformaron los mapuches de Repukura no tiene prevista en la ley la función que ellos efectivamente le dieron; luego porque tal vez, el darle muerte a un sujeto -en ese caso- fue sancionado por la ley estatal, contradiciendo al veredicto de la organización.

En el caso de un homicidio, al *Logko* le corresponderá reunir al *lof*, para resolver que hacer con el responsable, en este caso, las familias del homicida y del asesinado serán partícipes (Quidel, 2003). Sobre este tema dice el machi Víctor Caniullán: “Una de las penas más grandes es que todo este problema que tu provocaste, se provoque en ti, que tu sientas ese problema. Es como la pena máxima dentro de la religiosidad, pero tiene que darse todo un proceso. En el ámbito de la comunidad, todos los miembros del *lof* pueden rechazar y aislar a la persona que cometió un error o delito. En algunos casos extremos puede llegar hasta la expulsión de la persona de su *lof*. En estos casos pierde su calidad de *che* (persona)” (Libedinsky, Lillo, 2002). No obstante, actualmente los *logkos* han perdido gran parte de estas facultades, con la aplicación del derecho estatal y la intervención de la policía en las comunidades. “Hasta los años cincuenta la sociedad mapunche aún tenía sus jueces, todavía tenía sus *logkos* que dirimían los conflictos, y existían ciertos métodos propios para superar las diferencias, como el juego del *palín*” (Pérez, et. al., 1998: 65). Distintos factores han redundado en la desaparición de “los mecanismos propios de protección intrasocietal” (Pérez, et. al., op. cit.: 65).

En el ámbito patrimonial, algunos mapuche utilizan hasta hoy, a la hora distribuir los bienes que deja una persona al morir, métodos tradicionales<sup>12</sup> conforme a los cuales la familia se constituye en una reunión, que se realiza en los días posteriores al entierro del fallecido y cuenta con la participación de toda la familia (extensa), considerando también a los niños, abuelos, primos, sobrinos, etc. Luego de una larga discusión, deciden como distribuir los bienes (y las deudas) que dejó el fallecido. Esto significa que, para comprender la forma en que se distribuye la herencia entre los mapuche, es necesario conocer como se configura un *che* (persona), “reconocer que cada *che* es único, pues posee una ascendencia de sangre, de territorio, de espiritualidad y de fuerzas” (Quidel et. al., op. cit.: 150); es decir el *che*, depende de su lugar de origen y de su linaje y *reyma* (familia extendida). Y que, su función primordial (del *che*), como indican Quidel y Jineo, es “relacionarse con la naturaleza con la finalidad de mantener el equilibrio, pero jamás la de dominar o controlar este espacio”(Quidel, et. al. ,op. cit.: 150). Donde *mapu* “no sólo es el suelo, no sólo lo tangible, sino el universo, el todo, que incluye lo intangible, pero la cualidad más sobresaliente, es que es un ente vivo y está poblado por diferentes seres vivos y diferentes *newen* que coexisten y hacen posible la existencia de estas vidas” (Quidel, 2002).

El derecho mapuche operaba también, con los principios de la transgresión y la compensación. “Cuando una persona quiebra el principio de reciprocidad con la comunidad, la naturaleza etc., para la comunidad se ha producido una transgresión” (Pérez, Bacic y Durán, 1998: 64). La fuerza *pújū* de algún elemento, que puede provocar algún tipo de daño”, señala Víctor Caniullán, en cuyo caso se debe hacer un “pago”, por intermedio de ceremonias para restablecer el equilibrio. Este sentido es el que marca el tipo de justicia de los mapuche que describe Pascual Coña para el siglo XIX, donde el robo de una vaca (*waka*), se resuelve entre los *logkos* de los distintos *lof* de las personas involucrados. El pago o compensación, consiste entonces en “que el ladrón devuelve tres animales, el animal robado se pone en medio de otros dos” (Coña, 2000: 140), además de otros tres como gastos del juicio o *sofao*. La “vuelta de mano”, el *mingako* el uso de los recursos de acuerdo a la necesidad, el equilibrio de los *newen*, el respeto por los *ñgen*, parecen no ser equivalentes a la convicción que asiste al propietario de que puede disponer de una “cosa” y de enriquecerse con ella.

Sin embargo, actualmente sería imposible entender la forma en que actúan los mapuche para resolver sus problemas, si atendemos sólo a estos discursos. Es claro que en la práctica, los mapuches habitualmente acuden a los órganos institucionales del Estado para reclamar por su tierra, por un camino,

---

<sup>12</sup> Para explicar estos casos, se ha utilizado la relación del Machi Víctor Caniullán en

por un deslinde, etc. Y utilizan un discurso espiritual, tanto como uno legal (Cfr. Lillo, 2002). Cada discurso responde a un paradigma determinado, pero tampoco parece que exista un margen total entre estos dos paradigmas; como si establecieran dos “sistemas” de regulación del uso de los recursos; sino que -en términos de Assies(2000)- los separa, un frontera porosa.

Parece ser, que aún cuando el discurso político de los indígenas sostiene un tipo de relación con las cosas que se opone al sistema de apropiación, propio de la regulación capitalista; en la práctica los indígenas resuelven sus propios conflictos, en lo que se refiere a la regulación sobre el uso y disposición de los recursos naturales, en un especie de escenario colectivo -forum jurídico (Orellana, 2001)- es decir, “un foro en que los actores parlamentan y a través de la argumentación tópico retórica van construyendo no sólo la decisión o la sanción sino, inicialmente, el objeto mismo del conflicto” (Orellana, 2001: 33), donde los argumentos y las instancias de la ley estatal no están ausentes.

Por ello, para conocer el “derecho mapuche” actual, debemos observar la forma y los discursos (jurídicos), que efectivamente utilizan los mapuches para resolver sus conflictos. En este sentido (aun cuando es sólo una hipótesis), si bien existen discursos propios, también los ahí prestados (apropiados) de la otra cultura, produciéndose un verdadero traslape de escenarios y discursos.

Por otra parte, desde el punto de vista político, no resulta conveniente a los objetivos de los mapuche un planteamiento como el del pluralismo jurídico. La idea del pluralismo jurídico, contiene la idea de utilizar mecanismos no estatales para resolver conflictos de (o entre) indígenas. Tras esta demanda, se encuentra implícita la idea de -en definitiva- “privatizar” estos conflictos, excluirlos del ámbito del Estado. Esto acarrea un peligro mayor. En el contexto actual de mundialización de la economía, el Estado -al contrario de las profecías neoliberales- continúa siendo el único contrapeso al poder económico transnacional, y puede constituir un aliado importante para los mapuche (excluyendo una política paternalista). Además, esta forma de abordar el derecho indígena, puede corresponder más bien a la consolidación de formas desiguales para mantener y trivializar los conflictos sociales, y a la legitimación del Estado capitalista (Santos, op. cit.: 136).

## VI. Derecho, territorio y jurisdicción

El derecho tiene una relación directa con la jurisdicción, en el sentido de control sobre un espacio territorial, aunque cuando -como hemos señalado- esto no obsta a que dentro de un mismo espacio coexistan dos (o más) derechos, o exista un verdadero traslape de normas jurídicas. Por eso quiero vincular la relación del derecho mapuche con el derecho estatal, desde la perspectiva de la involución territorial de los primeros.

“El concepto de territorio en la cultura Mapuche fue muy preciso: Wallmapuche es toda la tierra habitada por las comunidades, es el espacio en donde nace y se funda la cultura mapuche, donde tiene vigencia el Mapudugun, habla de la tierra. Es el espacio del cual se tiene conocimiento de su orden y estructura, del Meli Witran Mapu. El Lof indica la ubicación precisa de cada persona en el Wallmapuche. En la cultura Mapuche no basta con afirmar su pertenencia al Pueblo, es fundamental el Tuwún, que se refiere al espacio en donde se funda la identidad individual de los miembros del Lof” (Consejo de Todas las Tierras, 1997:15).

El Lof era la unidad territorial y familiar mínima de los mapuche, conformado por una o más familias. Varios Lof a su vez, constituyen (constituían) un rewe, que reconocen como autoridad al Logko. Varios (eventualmente nueve) rewe, conforman un ayjarewe. A su vez en cada Identidad Territorial se pueden distinguir varios Ayjarewe (Quidel, Jineo, 1999:155). Al interior del pueblo mapuche y durante el período que corre entre la realización de los primeros parlamentos (siglo XVII), hasta la ocupación militar, la organización política mapuche se fundaba en la distribución territorial y en el meli wixan mapu (Marimán, 2001). De este modo, es posible distinguir como la unidad más amplia de organización los *Fütalmapus* o identidades territoriales. Las Identidades Territoriales, constituyen la unidad territorial mayor, cuyo

liderazgo se distribuye entre los *logko* o *ñidol logko* de los *ayjarewe*. No existe una única autoridad para todo el territorio. La Identidad Territorial esta determinada por el aspecto geográfico y por su conformación interna cultural. De esta forma, existe la Identidad Territorial *Bafkenche*, *Wenteche*, *Naüqche*, *Pwelche*, *Pewenche*, *Wijiche*.

La identidad territorial es una “delimitación socioespacial” realizada por los antepasados y fundado en criterios geográficos y ecológicos (Caniullán, Quidel, 2002: 4)

Actualmente, en todo caso, existe discusión acerca de la “verdadera” composición o ubicación de las identidades. Esto es así, porque por distintas causas –invasión militar, radicación y reducción de tierras, la “diáspora mapuche”- las identidades se han reconfigurado, y se han debilitado. Se han reconfigurado, por cuanto han existido migraciones que han modificado algunas prácticas culturales y ritos, que eran distintas para cada identidad. El ejemplo más debatido es el caso de los Lafkenches. Se sostiene que los *lafkenche* habitaban principalmente el sector del lago Budi en la Novena Región. Actualmente, en cambio, la Identidad Territorial de mismo nombre, ha reclamado –en su Propuesta “De la Deuda histórica nacional al Reconocimiento de nuestros Derechos Territoriales”- un territorio que va desde Arauco. Mientras que se han desarrollado en el último tiempo, reuniones de dirigentes que se auto identifican como *lafkenches*, para planificar la reivindicación de los recursos del borde costero, y que representan comunidades de Arauco hasta la provincia de Valdivia. ¿Qué ha pasado?, ¿cuál es la verdadera identidad *Bafkehche*?

Durante los últimos años la idea de Identidades Territoriales, o *Fütalmapu* a tomado bastante fuerza entre el movimiento mapuche, como forma de organización política. Probablemente porque corresponde a un símbolo que permite reafirmar la identidad; este tipo de organización era la que tenían los mapuche durante su período de mayor expansión, entre los siglos XVII y XIX.

Aunque la vigencia de esta institucionalidad debe ser –como toda institución social- revisada y resignificada, pues ya no tendrá el mismo sentido que entonces. Entre otras cosas, porque –para bien o para mal- hoy convive con otras institucionalidades propias de los mapuche (autoridades funcionales, vecinales, sindicales, liderazgos, etc.); o del Estado, tribunales, parlamentarios, autoridades administrativas; o aún otras, como las de carácter internacional. Hoy no puede tener las mismas funciones de ese entonces. Puede ser que hoy la principal función sea el desarrollar un sentimiento nacional y una identidad propia, pero no necesariamente el de administrar el uso del suelo, los recursos naturales, y la resolución de conflictos en torno a ellos. Para resolver estos, hoy día además de aquellos instrumentos, los mapuche también recurren a órganos del Estado (como la CONADI<sup>13</sup> o los propios mecanismos judiciales, la policía, etc.); y también a nuevos mecanismos (como juntas de vigilancia [Durán, et al., 2001], reacciones sociales en los barrios o poblaciones).

Además, es necesario considerar una nueva realidad (en relación con la sociedad mapuche del siglo XVII a XIX), como lo es el hecho de que actualmente el mayor porcentaje de mapuche viven en las ciudades, donde –por cierto- también puede tener vigencia el sistema de autoridades tradicionales, pero con una aplicación diversa al que tiene en el ámbito rural.

Por último, se debe considerar que, por una parte, la reivindicación de las Identidades Territoriales contribuyen al fortalecimiento –como se señaló- del sentimiento identitario y la revalorización de lo propio; pero el diseño de cualquier institucionalidad debe tener presente el sentido nacional del pueblo mapuche, y que –en cambio- no favorezca la fragmentación.

Una propuesta en este sentido, implica definir un territorio dónde ejercer la jurisdicción; o bien, la administración compartida; o, en fin, un espacio que sea identificado como mapuche.

---

<sup>13</sup> A modo de ejemplo se puede citar el caso recogido por el equipo jurídico de COTAM, sobre la recuperación de un *guillatú* en *Xuf Xuf*.

Debe considerarse la forma de generar autoridades propias. Actualmente, las autoridades —o mejor dicho, liderazgos— están determinados de muy distintas maneras. Por ejemplo, a través de elecciones periódicas (como en el caso de las comunidades constituidas legalmente de acuerdo a la ley indígena); por asamblea de la comunidad; por herencia; otros. No está claro de qué manera se coordinan éstas.

## VII. Estado chileno y el desconocimiento de los derechos indígenas

En Chile (y en Latinoamérica), las formas de imposición tienen que ver con los principios analizados, y se manifiesta por ejemplo, en las normas jurídicas que imponen al territorio conquistado. Esto nos lleva al problema del pluralismo jurídico (que no es el tema de este documento) que consiste en la coexistencia de varios derechos en un mismo territorio, aún cuando como sostiene Santos (Sieder, 2001: 3), actualmente se trata más de un problema de interlegalidad.

En Latinoamérica durante el período colonial, esta coexistencia de derechos se resolvió con las normas que tuvieron por fundamento el ideario *segregacionista*, según el que, distintas leyes les eran aplicadas a indígenas y a españoles. Junto con ello, el criterio que marca el sistema jurídico colonial es el de la *subordinación*; ya que, si bien se aceptó un sistema jurídico compuesto por las costumbres de los indígenas, se admitió sólo como “fuero local, sobre el cual se reservó el ejercicio de tutela” (Ochoa, 2000: 2).

Aun cuando, esta expresión del derecho colonial, no tuvo aplicación plena en todo el territorio mapuche; ya que, en virtud de los *parlamentos*<sup>14</sup>, que son acuerdos suscritos entre la Corona española y *logkos* mapuche a partir de 1641, en que se suscribe el parlamento o paces de Quilín (Quillem), que reconoce una frontera (entre los territorios de la Corona española y el mapuche) establecida por el río Bío Bío, y la independencia (Bengoa, 1996:33), o autonomía (Fernández, 2001: 4) del territorio mapuche.

Los mapuche constituyen hoy el pueblo indígena más importante del sur del continente americano, con una población total estimada en 1.5 millones<sup>15</sup>, poseen en este sentido una memoria reciente de autogobierno. Hasta mediados del XIX, ocupaban soberanamente un territorio extenso, en el extremo sur de América, entre la costa pacífica y la atlántica, desde el río Bío Bío en el norte de Chile y en toda la pampa Argentina hasta la actual provincia de Buenos Aires (Marimán, et. al., 1990: 15). Durante los siglos siguientes a la celebración de los parlamentos se desarrollará la expansión económica ganadera de los mapuche hacia el territorio ultra andino (el *puel mapu*). El período de expansión y autonomía mapuche se verá frustrado con la consolidación de los Estados chileno y argentino; los que, por la vía jurídica, y con violentas campañas militares (denominadas “Pacificación de la Araucanía” y “Campaña del desierto”, respectivamente) provocaran la derrota militar mapuche hacia 1881 en el lado chileno, luego del último levantamiento (en Temuco); y en 1885 con la rendición de Sayweke en Junín de los Andes, Argentina (Boschin, Slavsky, 2000).

Con la conformación de los Estados nacionales durante la primera mitad del siglo XIX, se excluyó en nombre de la igualdad toda jurisdicción especial distinta de la estatal. La independencia trae consigo, al igual que en la formación de los Estados europeos, la idea de Estado-Nación y el principio de la igualdad ante la ley, que implica la unidad de las fuentes de derecho y la unidad de los sujetos a quienes están destinadas las normas jurídicas. La concepción de Nación corresponde a un invención, que desempeña la función de “catalizador” en la transformación del Estado de la temprana Edad Moderna en una república democrática (Habermas); ya que “sólo la pertenencia a la *nación* fundaba un vínculo de solidaridad entre personas que hasta entonces habían permanecido extrañas las una de las otras” (Habermas, 1999: 88).

<sup>14</sup> Que han sido considerados por el relator de Naciones Unidas, Miguel Alfonso Martínez, como *Tratados celebrados entre Estados y Pueblos Indígenas*; los cuales “tienen la posibilidad de llegar a ser importantísimos instrumentos para el establecimiento formal y el respeto no sólo de los derechos” reconocidos en instrumentos jurídicos (nacionales o internacionales) aceptados por el Estado de que se trata, “sino también de los inalienables derechos internacionales, en particular el derecho a la tierra...” (Martínez, 1999:47)

<sup>15</sup> Esta cifra está tomada con base al censo de 1992; por lo anterior, debemos considerar una cifra inferior en 400 mil aprox.

Los criollos locales esgrimieron la idea de que habían surgido nuevas naciones mestizas, con una identidad diversa del colonizador; “pero hegemonizaron la idea de nación bajo las características del grupo dominante, oficializando una sola cultura, una religión (la católica), una identidad, un idioma (el castellano o español)” (Yrigoyen, 1999: 130).

Surge a su vez, el cuestionamiento de los estatutos privilegiados, y la idea de la codificación. Todos deben someterse al mandato de la ley. Ley que es escrita, y proveniente del único órgano soberano para legislar: el Congreso. Las manifestaciones criollas de estos ideales lo constituyen la declaración de ciudadanía plena de los indígenas, decretada por O’Higgins en 1819<sup>16</sup>, y posteriormente, la dictación del Código Civil a mediados de siglo, en el que se establece (artículo 2°) la subordinación absoluta de la costumbre como fuente de derecho.

Es entonces cuando el derecho indígena adquiere connotación teórica y política; “por cuanto el Estado chileno, los sectores sociales y políticos no sólo niegan la existencia de derechos particulares de los pueblos indígenas, sino que también reproducen formas que anulan expresiones de derechos diferenciados; ejercen estereotipos, prejuicios y barreras mentales que imposibilitan establecer un dialogo en la diversidad y la igualdad” (Millamán, 2002).

Más tarde, la ley de 4 de Diciembre de 1866 establece la concesión gratuita de títulos de dominio a los mapuche, mediante el establecimiento de sus ocupaciones, para lo que debía acreditarse un año de “posesión efectiva y continuada”. El resto se consideraran terrenos baldíos por lo que se imputan fiscales. En 1927, por Ley N° 4169 se crea un tribunal especial cuya función es promover la división de las comunidades; la Ley N° 4802 de 1930, crea cinco Juzgados de Indios cuya función fue la división de las comunidades. En 1979, con la aplicación del D.L 2.568 y 2.750, se cierra un ciclo de la política estatal y sus legisladores en pro de convertir las propiedades indígenas en propiedad privada, cerrando toda posibilidad de derechos colectivos.

Este proceso iniciado mas de un siglo atrás (la legislación de la dictadura no será la causa fundamental, pero sí la definitiva), traerá como consecuencia la pérdida territorial de los mapuche, pero también –y no menos importante- la pérdida de competencia de sus autoridades y la abolición de sus reglas de organización y distribución de la tierra.

La legislación inaugurada en 1993<sup>17</sup> vino a quebrar una tendencia de nuestra legislación (que reconoce como aislada excepción la Ley N° 17.729 del año 1972, previa a las reformas del año 1979), de legislar exclusivamente acerca de las tierras de los indígenas y de cómo incorporarlas al mercado nacional de tierras. Por otra parte, la legislación indigenista del gobierno de la coalición de partidos por la democracia establece un cambio en el proceso de asimilación que se venía desarrollando durante el gobierno militar de Augusto Pinochet (1973-1990). Mientras en virtud de la legislación aplicable hasta el ‘93, se desconocía la existencia de grupos diversos al interior del Estado nacional, y por lo mismo deploraba el establecimiento de un estatuto especial para de los indígenas<sup>18</sup>; la actual legislación reconoce la existencia de diversas “etnias”<sup>19</sup> que forman parte de la nación chilena (artículo 1°).

Mientras tanto, la legislación establece como deber del Estado el “... proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas

<sup>16</sup> Este Decreto Supremo sostenía que “...El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esta porción preciosa de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz y representación....”.

<sup>17</sup> Ley N° 19.253 “Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena”, publicada el 05 de Octubre de 1993.

<sup>18</sup> El artículo 1° original del DL 2.568 de 1979 disponía que una vez divididas las tierras comunes de los mapuche, éstas dejaban de ser indígenas, “así como sus dueños”. Además, Chile nunca ratificó el Convenio 107 de la OIT.

<sup>19</sup> “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”. (artículo 1).

para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”. (Artículo 1). La misma ley dispone los mecanismos a través de los cuales se realizan estos deberes.

En el caso de la protección de las tierras indígenas se establece una restricción de la facultad de disposición de la propiedad indígena<sup>20</sup>, obtenida de manos del Estado. Es decir, los indígenas no pueden “enajenar” sus tierras a quienes no pertenezcan a su misma etnia (artículo 13). Por otra parte, establece la creación de un fondo fiscal para la adquisición de nuevas tierras; ya sea mediante concurso o asignación directa en caso que permita resolver conflictos (art. 20). Para el caso de los Aymara se establece una protección especial respecto de las aguas (artículo 64).

En el ámbito medioambiental, la ley dispone que las organizaciones indígenas deben ser oídas y considerada su opinión por los servicios de la administración del Estado, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas. (art. 34).

En el ámbito del desarrollo, la ley crea un servicio público descentralizado<sup>21</sup> (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI), que es el organismo encargado de “promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del “ ‘desarrollo integral’ de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional”. (art. 39). De igual modo, se crea un *fondo de desarrollo*, que se refiere al manejo de recursos destinados a financiar programas especiales de desarrollo (art. 23). Y, por último, las Áreas de Desarrollo Indígena (en adelante ADI) que son espacios geográficos de alta densidad indígena, en que el Estado focaliza su acción a favor de los indígenas (art. 26).

En términos de participación, se contempla la participación de indígenas en el órgano superior de la agencia estatal que determina las políticas indígenas, a través de la integración de indígenas en dicha instancia; la consulta a las comunidades locales en caso de afectación y la participación en la administración de los Parques Nacionales que se encuentren en las Áreas de Desarrollo Indígena. La Ley Indígena reconoce sólo dos formas de organización indígenas la comunidad y la asociación.

El sesgo asistencialista de la legislación se manifiesta en el desconocimiento de los derechos a decidir sobre sus propios asuntos, limitando los derechos políticos a una participación manifestada en el derecho de las comunidades a ser escuchadas por las agencias estatales en materias de su interés, y en la integración de indígenas al órgano indigenista estatal. En esta parte, el proyecto fue restringido de manera importante durante su tramitación, tanto en el gobierno, como en el Congreso<sup>22</sup> ya que se eliminó la consideración de pueblos, reemplazándola por el de “etnias”<sup>23</sup>, que como ha quedado dicho no otorgan a sus titulares más que derechos individuales<sup>24</sup>.

La propuesta de ley en cambio, incluía el reconocimiento de la calidad de pueblos indígenas, como sujetos de derecho público, con un derecho colectivo al territorio, expresado en los denominados Territorios de Desarrollo Indígena que se reemplazó por las restringidas Áreas de Desarrollo Indígena. El primero se definía en el proyecto como “el espacio social, demográfico, ecológico, cultural fundamental para la existencia y desarrollo de los pueblos indígenas. El Territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos, sin perjuicio de los derechos de propiedad

---

<sup>20</sup> El artículo 12 dispone cuales son “tierras indígenas”, incluyéndose allí en general, las formas que el estado a utilizado para conceder tierras a los indígenas; de tal manera que no implica un reconocimiento de tierras ancestrales ocupadas por los indígenas con anterioridad a los finales del siglo XIX.

<sup>21</sup> Lo que implica que tiene patrimonio y personalidad jurídica propia, pero se encuentra sometida a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Cooperación.

<sup>22</sup> En Chile, el ejecutivo es un órgano co legislador, que, como en este caso, puede presentar proyectos de ley al parlamento; inclusive en algunas materias goza de exclusividad.

<sup>23</sup> respecto de las cuales, el derecho internacional no prescribe ninguna clase de derechos, salvo lo que establece el artículo 27 del Pacto de Derechos civiles y políticos

<sup>24</sup> Lo que no es poco, pero implica un desconocimiento de la diferencia

constituidos en esos espacios”<sup>25</sup>, y establecía el derecho de las comunidades a participar en la toma de decisiones relacionadas con proyectos de desarrollo (estableciendo incluso la posibilidad de oponerse a ellos), así como el derecho a beneficiarse materialmente de las actividades desarrolladas en dicho espacio.

Por otra parte, existe una diferencia fundamental entre el concepto de *tierra* recogido por la legislación chilena y lo que se ha entendido como *territorio* en la legislación internacional. Mientras la primera, equivale al concepto de propiedad privada de los indígenas (Lillo, 1999: 43); la segunda en cambio, se refiere a una noción más amplia, porque abarca otras dimensiones, no sólo la económica, y porque no incluye sólo el suelo sino todos los elementos que conforman el hábitat.

El cuestionamiento al discurso jurídico del Estado en relación con la diferencia, no provienen sólo de la filosofía del derecho o la antropología. Ese discurso a chocado persistentemente con las demandas políticas del movimiento indígena (particularmente mapuche), que ha calificado la actual legislación como “colonialista” y que contravienen los “derechos fundamentales mapuche como son; la autodeterminación, la propiedad de las tierras, el reconocimiento de nuestras instituciones tradicionales, que sustentan nuestra cultura..., el derecho a ejercer y practicar nuestra justicia y las normas que regulan la vida, al interior de cada Lof” (Consejo de Todas Las Tierras, 1997, op. cit.: 112).

Los conflictos gatillados durante los últimos años entre Estado y Pueblo Mapuche se explican por diversos motivos, entre los que NAGUIL incluye el agotamiento del acuerdo de Nueva Imperial, y “la violación de un conjunto de derecho humanos, individuales y colectivos, lo que de mantenerse provocarán serias consecuencias políticas, económicas, culturales y sociales, amenazando la proyección de la sociedad mapuche como colectividad específica” (Naguil, 1999:12).

## VIII. Los derechos indígenas en el ámbito constitucional

Como afirman Assies, Van Der Haar y Hoekema, los nuevos movimientos indígenas surgen en un contexto de “agotamiento del modelo económico y político del Estado nacional desarrollista”<sup>26</sup> de la postguerra, y búsqueda de un nuevo modelo de desarrollo y revisión de la idea de democracia. Todo ello, en el marco de la transición de los países latinoamericanos de regímenes autocráticos a democracias; y de modelos económicos estatales, hacia economías neoliberales. El Estado nacional vive su crisis particular. Es presionado desde “arriba”, por los órganos internacionales; por “los lados” por los órganos de inversión (Banco Mundial, BID) y los inversionistas privados; pero también “desde abajo”, por las identidades culturales y/o minorías nacionales (Keating, 2002). El Estado Nación pierde su condición de referente en este sentido y surge la necesidad de diferenciación (Bascuñan, Durston, 1999.), la reivindicación de la identidad propia y multiculturalismo; todos, factores que se han enfrentado y debatido para configurar un nuevo escenario regional.

Esta nueva etapa en las relaciones interétnicas se caracteriza en que “las demandas indígenas, las emergentes normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista, van más allá de una extensión y consolidación de los derechos civiles, políticos y sociales convencionales. Implican un reconocimiento de derechos colectivos o de grupo así como territoriales. Esto sugiere que el ‘emergente modelo multicultural regional’ quizá adquiera los fuertes rasgos de la consociación directa; es decir, del reconocimiento explícito por parte del Estado del derecho de los pueblos indígenas al autogobierno, en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas” (Assies, Van Der Haar, Hoekema, 1999: 506).

<sup>25</sup> Comisión Especial de Pueblos Indígenas (CEPI). s/f. “Nueva Ley Indígena (Borrador de Discusión)” (p. 48). Comisión Especial de Pueblos Indígenas, Santiago s/f.; p. 21-22.

<sup>26</sup> ASSIES, WILLEM; VAN DER HAAR, GEMMA; y HOEKEMA, ANDRÉ. 1999. “La diversidad como desafío: una nota sobre los dilemas de la diversidad”, en Assies, Willem; Van Der Haar, Gemma; y Hoekema, André, editores. 1999. “El reto de la diversidad”, Colegio de Michoacán, Zamora, México, pp. 505-542; p. 508

La globalización, en el ámbito jurídico<sup>27</sup> consiste actualmente “en que las formas legales son constantemente retrabajadas en interacción con las variables condiciones externas”. Pero, la globalización, no implica en cambio, uniformidad; de hecho, no se ha cumplido la profecía de la desaparición del Estado, si bien, se ha debilitado su soberanía (por cuanto no todo lo que ocurre dentro de él, se decide en él), continúa estableciendo marcos de regulación y mediando entre los procesos locales y globales. Por ello, que, en la idea de “interlegalidad” configurado por Santos (1995), el Estado sigue siendo un centro de acción de las acciones contra hegemónicas de los grupos postergados.

De esta manera, el nuevo escenario social y político del continente es abierto y complejo, influenciado por múltiples poderes, potenciándose un proceso dialéctico entre las elites y los movimientos sociales, donde la ley (nacional e internacional) puede constituir un instrumento útil, como estrategia emancipadora (Santos, 1991).

Desde la década del 80' los estados latinoamericanos han intentado incorporar a los pueblos indígenas a través de sus ordenamientos constitucionales, espacios que (salvo para el caso de Panamá), les estaba vedado hasta entonces, pese a que se trata de colectivos anteriores a los mismos estados, y de cuya fundación y organización han sido marginados (Clavero, 2002:...). Entre estos estados destacan Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), El Salvador (1992), Guatemala (1992), México (1992, 2001), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994, 1998) y Venezuela (2000).

En términos generales, a través de estas reformas se ha reconocido (1) el carácter multiétnico y pluricultural de los Estados, incluyéndose normas relativas al derecho de los indígenas a la mantención y desarrollo de sus lenguas y culturas, (2) al reconocimiento de las comunidades indígenas, de su personería y capacidad legal como Pueblos; (3) a los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios) y a los recursos naturales; (4) a aplicar el derecho consuetudinario indígena, siempre que no sea contrario a los derechos humanos; (5) Excepcionalmente se han reconocido además los derechos de los indígenas a la autonomía en sus asuntos internos (Nicaragua, Colombia, México (2001)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> La globalización en el ámbito del derecho no es un fenómeno nuevo. Tal como señala Sieder (2002), “el constitucionalismo liberal de Latinoamérica se formó bajo los ideales y modelos políticos de Francia, los Estados Unidos y Gran Bretaña, los legados coloniales España y Portugal, y las exigencias del desarrollo capitalista en el siglo XIX. Las normas y prácticas legales de las comunidades indígenas de toda la región fueron en parte moldeadas en respuesta a este contexto más amplio”.

<sup>28</sup> **1) Reconocimiento de la multiculturalidad. Colombia** (1991): art. 7 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, art. 10 “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. **Panamá** (1972): art. 86 “El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales.....”, art. 104 “El Estado desarrollará programas de educación y promoción para los grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana”. **Ecuador** (1978): art. 1 “El Ecuador es un Estado soberano independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico”. **Perú** (1993): art. 2 “Toda persona tiene su derecho...19: a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación”. **Bolivia** (1994): art. 1 “Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...”. **México** (2001): art. Artículo 2º. “La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” (Art. 2)”. **Guatemala** (1985): art. 66 “Protección de grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”. **Nicaragua** (1986): art. 8 “El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centro americana”, art. 11 “El español es el idioma oficial del estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley”. **Brasil** (1988): art. 215 “...1º El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional...”. **El Salvador** (1983): art. 62 “El idioma oficial de El Salvador es el castellano. ....las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto”. **Nicaragua** (1986): art. 8 “El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centro americana”, art. 11 “El español es el idioma oficial del estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley”. **Paraguay** (1992): art. 63 “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat”. **Argentina** (1994).

**2) Reconocimiento de los Pueblos Indígenas:**

**Panamá** (1972): sólo utiliza el término comunidades y poblaciones; **Nicaragua** (1986): art. 181 “los Pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa atlántica...”; **Brasil** (1988). Indios, poblaciones indígenas; **Colombia** (1991): Pueblos indígenas; **El**

En términos específicos, los procesos de reforma constitucional y reconocimiento de derechos en México, Nicaragua, Colombia y Panamá, son algunos de los ejemplos más relevantes en América Latina, no sólo por las reformas legales que involucran, sino también por todo el proceso político que implicaron. Por esto, se incluye un análisis específico de estos casos, sin perjuicio de que existen también otros casos importantes, como el de Guatemala y Bolivia.

## 1. Reconocimiento constitucional en México

### 1.1. Antecedentes generales

La relación del Estado Mexicano con los pueblos indígenas, no difiere mayormente de la situación del resto de Latinoamérica; Igualmente se dan los fenómenos de negación y discriminación hacia los pueblos originarios por las elites dirigentes y por un Estado que se niega a reconocerlos, escudándose en el principio de igualdad. Sin embargo, es a partir de la segunda mitad del siglo XX que comienzan a manifestarse ciertos fenómenos en la sociedad mexicana que dan cuenta de la crisis del modelo político, social y económico del Estado nacido al amparo de la revolución de 1917. Que unido a una historia de discriminación, abandono y represión de amplios sectores de la sociedad mexicana generan un espacio propicio para el descontento social; solo así se explica el movimiento armado de Chiapas en 1994, el cual en ningún caso debe entenderse como un suceso aislado o extraño sino como uno más, de una larga cadena de hechos que ya comienzan a manifestarse en la década del 60 con las represiones obreras y la matanza universitaria de Tlatelolco.

El año 1990 el Estado mexicano ratifica el convenio 169 de la OIT, convirtiéndose en el primer Estado latinoamericano en ratificar dicho instrumento. Como consecuencia de ello y con la intención de ajustar la constitución federal a la normativa internacional, el gobierno promueve una reforma a fin de consagrar el reconocimiento de los Pueblos Indígenas y hacer efectivos sus derechos, así se modifican los Art. 4 y 27 de la carta constitucional, en los que reconoce el carácter pluricultural de la nación Mexicana, la obligación de protección a la cultura, lengua y tradiciones, como asimismo el acceso a la jurisdicción del Estado por parte de los indígenas (Art. 4);<sup>29</sup> De igual manera se reconoce personalidad jurídica de las poblaciones ejidales y comunales, se protege su propiedad sobre la tierra como también la integridad de

---

*Salvador (1992): No se hace referencia; Guatemala (1992): Grupos étnicos y comunidades indígenas; México (1992, 2001): art. 2 ".....sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas"; Paraguay (1992): art. 62 "Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anterior a la formación y organización del Estado paraguayo"; Perú (1993): Comunidades campesinas y nativas; Argentina (1994): Pueblos indígenas; Bolivia (1994): art. 171 "Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley.*

**3) Los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios) y a los recursos naturales.** En general, como indica ASSIES (2000), la mayoría de las constituciones latinoamericanas (salvo Chile, Costa Rica y El Salvador), se han modificado durante los noventa a fin de reconocer las demandas indias por la tierra. La mayoría de las legislaciones (salvo Brasil y Chile), dispone derechos colectivos de los indígenas sobre ellas (ASSIES, 2000:12). En el caso de **Brasil**, pertenecen al Estado y son entregadas en fideicomiso a las comunidades. Particularmente, en las constituciones de **Colombia, Nicaragua, Bolivia**, se establecen derechos colectivos sobre el Territorio y Recursos Naturales.

**4) Derecho a jurisdicción especial.** Algunas de estas constituciones (**Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú**) han reconocido, en mayor o menor medida, las costumbres jurídicas o "derecho consuetudinario" indígena, estableciendo normas para su consideración por el derecho estatal y/o para su desarrollo a través de sistemas de jurisdicción indígena.

**5) Excepcionalmente se han reconocido además los derechos de los indígenas a la autonomía en sus asuntos internos:** (**Nicaragua, Colombia, México (2001)**). A esto se agrega el caso de México (2001) el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, derecho que "se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional." (Art. 2). La misma Constitución establece el derecho indígena como criterio para la definición de las comunidades indígenas al establecer que "son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres." (Art. 2).

<sup>29</sup> Este artículo versaba hasta la reforma del 2001, de la siguiente manera "La nación mexicana tiene una composición Pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley."

las tierras de los grupos indígenas (Art.27)<sup>30</sup>. Sin embargo este reconocimiento, al decir de López Barcenas (2000:106), tiene un carácter meramente declarativo de la diversidad cultural “palabras de buena crianza”, sin tratarse de una garantía real de reconocimiento de derechos políticos y económicos. Se trata de una reforma insuficiente, pues, desconoce el carácter de “Pueblos” a los indígenas, relegándolos a la condición de minorías, circunstancia no menor, ya que las minorías no gozan derechos políticos (como colectivos) a diferencias de los pueblos a quienes se reconoce la titularidad del derecho a la autodeterminación; la reforma tampoco hace referencia al acceso y control de los recursos naturales por parte de los indígenas ni sus comunidades.

Con posterioridad a esta reforma constitucional el Estado mexicano modificó algunas leyes federales y estatales relacionadas principalmente con el acceso a la justicia penal y con la educación intercultural. Igualmente, una serie de estados de la unión reformaron sus constituciones reconociendo en ellas derechos a favor de los indígenas, sin embargo todos estos reconocimientos siguieron el mismo tenor de la constitución federal, circunscribiéndose a introducir normas declarativas de pluriculturalidad, sin hacer mención a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos ni políticos; paralelamente ese mismo año se reforma nuevamente la constitución federal mexicana, otorgando poder a los campesinos indígenas para enajenar sus tierras o parcelas. Esta reforma trajo que cientos de indígenas “...apremiados por su situación de extrema pobreza vendiera su única riqueza y quedase sin nada”. (Sanchez, 2000: 471).

## 1.2. Levantamiento indígena. La aparición en escena del EZLN

El 1° de enero de 1994 se produce quizás uno de los hitos más importantes en el movimiento indígena americano, que no solo acarreará consecuencias en México sino que se convertirá en un importante referente para los movimientos indígenas que luchan por el respeto y reconocimientos de sus Derechos Humanos históricamente conculcados, se produce el alzamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

En los primeros momentos del levantamiento, el EZLN se apodera de varias ciudades del Estado de Chiapas: San Cristóbal de las Casas, Las Margaritas, Altamirano, Rancho nuevo, Comitán y Ocosingo.

Según López Barcenas las causas de la rebelión indígena “... deben buscarse en la exclusión de una sociedad que se declara multicultural, diciendo reconocernos pero que actúa como si no lo fuera o no existiéramos... la exclusión y la discriminación [son] nuestras armas de lucha en busca de nuestro reconocimiento como seres iguales pero diferentes, para acceder una vida en libertad con justicia y dignidad” (López Barcenas, op. cit.).

A juicio de Niel Harvey, en la rebelión Zapatista se conjugan dos factores coadyuvantes, por una parte lo que llama “La cultura de la rebelión” de los indígenas Chiapanecos cuestión que se evidencia en la historia de rebeliones y alzamientos desde la época colonial mexicana y “la cultura de la organización” en cuya generación tuvieron especial importancia las organizaciones indígenas que luchaban por la tierra, por los créditos y por los precios de las cosechas “... esta moderna cultura de la organización se fue combinando con la antigua cultura de la rebelión. Ambas nutrieron al movimiento del EZLN y transformaron al pequeño grupo urbano encabezados por el Subcomandante Marcos que entró a la selva Lacandona hacia la mitad de los años 80” (Harvey, 2000:300).

## 1.3. Los acuerdos de San Andrés y el proyecto de la COCOPA

En febrero de 1996 el gobierno Federal Mexicano y el EZLN firman lo que se conoce como “Los acuerdos de San Andrés”; en ellos el gobierno mexicano reconoce que los pueblos indígenas han sido

---

<sup>30</sup> Art. 27 constitucional expresa: “Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de poblaciones ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para las actividades productivas. La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”

objeto de formas de subordinación, desigualdad y discriminación y que para superar esta realidad se requieren acciones profundas, sistemáticas y participativas de parte del Estado y la sociedad. En suma es necesario un nuevo trato entre el Estado y los pueblos indígenas, basado en la participación en todo nivel (federal, nacional regional y comunal) a fin de que ellos sean los actores fundamentales de su desarrollo. Por otro lado el Estado reconoce que es necesario superar el integracionismo cultural para reconocer a los pueblos indígenas como nuevos sujetos de derechos en atención a los orígenes históricos de sus demandas, la diversidad cultural de la nación mexicana y a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, en particular el convenio 169 de la OIT.

### **1.3.1. Contenido del acuerdo de San Andrés**

La nueva relación Estado Mexicano y Pueblos Indígenas debía sustentarse en los principios del Pluralismo, esto es una convivencia "...efectiva, respetuosa y equitativa entre lo diverso" (López Barcenas, op. cit.). La sustentabilidad para asegurar la perduración de la naturaleza y la cultura; la integralidad, coordinando las acciones de las distintas instituciones y niveles de la administración pública; la Participación y la Libre determinación, esto es respetando las identidades, culturas y formas de organización social.

El contenido de estos acuerdos suscritos por el gobierno federal y el EZLN en San Andrés pueden resumirse de la siguiente manera:

#### **a) Relativas al marco jurídico- institucional:**

Reforma a la Constitución Federal, y al ordenamiento jurídico en general, tanto en el ámbito federal como en el ámbito estatal a objeto de reconocer a los Pueblos Indígenas y el libre ejercicio de sus derechos políticos, de jurisdicción, sociales, económicos y culturales.

Ampliación de la participación y representación políticas en el ámbito local y nacional. Reconocimiento en los ordenamientos estatales a la autonomía y libre determinación. Se establecía el derecho de los municipios con población mayoritariamente indígena a asociarse libremente; reconocimiento a las comunidades indígenas como entidades de derecho público y fortalecer la participación indígena en el gobierno en la gestión y administración en sus diferentes ámbitos y niveles. Garantizar el pleno acceso a la justicia y la jurisdicción del Estado tanto en el ámbito nacional como estatal.

#### **b) Reconocimiento a derechos culturales, económicos y sociales:**

Promoción de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas; Educación y capacitación, garantizar una educación que respete y aproveche los saberes tradicionales y formas de organización interna. Garantizar la satisfacción de las necesidades básicas, esto es ocuparse de la salud educación y empleo. Impulsar la producción y el empleo.

#### **c) Protección al indígena migrante**

### **1.3.2. Propuesta de la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA)**

La comisión de concordia y pacificación recoge en gran medida el contenido de los acuerdos de San Andrés y virtud de un mandato de las partes negociantes elabora un propuesta de reforma constitucional que solo podía ser aprobada o rechazada, sin hacer reparos o modificaciones con el objeto de evitar negociaciones interminables y estériles. Dicha propuesta fue entregada a los negociantes en el mes de noviembre de 1996, en ella se sistematizan los acuerdos de San Andrés Larrainzar y cuyo contenido puede resumirse y agruparse de la siguiente forma:

**a) Derechos Políticos:**

Se reconoce a los Pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos y su derecho a la libre determinación, la que se expresa en un régimen de autonomía como parte del Estado Mexicano (Art. 4 constitucional); de la misma forma se reconoce el derecho a elegir sus propias autoridades y formas de gobierno interno de acuerdo a sus normas garantizando la participación a las mujeres en condiciones de equidad. De igual manera se confiere el derecho a fortalecer su participación política en los distintos órganos del Estado.

También dentro de los derechos políticos, el proyecto de la COCOPA reconoce a las comunidades indígenas como sujetos de derecho público las que, al igual que los municipios con población indígena mayoritaria, tendrán derecho a asociarse libremente a fin de coordinar sus acciones. Del mismo modo se establece que los organismos del Estado deben asignar y traspasar recursos económicos a las comunidades y pueblos indígenas a fin de que sean administrados por ellos; Por último se establece el derecho a la re-municipalización a fin de volver a acordar estos órganos de gobierno a la ubicación geográfica y composición cultural de los propios pueblos.

**b) Derechos en materia económica:**

Se establece el derecho de acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos bienes nacionales de uso público.

**c) Derechos en materia cultural:**

Se establece el derecho de los pueblos indígenas para preservar y enriquecer sus lenguas vernáculas, conocimientos y todos los elementos que configuren su cultura e identidad; asimismo se reconoce el derecho para adquirir y administrar sus propios medios de comunicación.

En materia educativa se estableció la obligación para las autoridades públicas, sea federales, estatales o municipales de consultar a los pueblos indígenas interesados para definir y desarrollar programas educativos de carácter regional, en los que deben incluirse las culturas indígenas

**d) Derechos de los indígenas migrantes:**

Se establece la obligación del estado de impulsar programas específicos para su protección tanto en el territorio nacional como extranjero.

**e) Pluralismo Jurídico:**

Se reconoce el derecho a aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos al interior de sus comunidades respetando las garantías individuales los Derechos Humanos y especialmente la dignidad e integridad de las mujeres. Por otro lado se incorpora una garantía referente a los juicios y procedimientos en que figuren colectiva o individualmente a personas indígenas deberán tomarse en cuenta sus prácticas jurídicas y especificidades culturales estableciendo el derecho de los procesados a contar con interpretes o traductores que entiendan su lengua y cultura.

**1.4. Contrapropuesta del gobierno federal**

El gobierno federal rechaza el proyecto de la COCOPA, desconociendo los acuerdos de San Andrés presenta una contrapropuesta de reforma, en la que se aprecian evidentes diferencias con el proyecto original. Las principales disconformidades se manifiestan en cuanto a la titularidad de los derechos colectivos, específicamente al derecho de libre determinación; el uso y disfrute de los recursos

naturales; el acceso a los medios de comunicación; el derecho al desarrollo como pueblos y acceso a la riqueza nacional. A continuación se presentan las más importantes diferencias (no las únicas), del proyecto del gobierno federal con el elaborado por la COCOPA:

#### **a) En cuanto al titular de los derechos**

Aún cuando el proyecto del gobierno federal reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, establece que esta se expresa en la autonomía de las comunidades indígenas y comunas con una mayoría de población indígena y solo respecto de sus formas internas de convivencia y de organización social, económica, política y cultural. En otras palabras se reconoce el derecho a la libre determinación pero no la autonomía como pueblos indígenas ya que está radicada en las comunidades o municipios; lo que en el fondo significa la negación de derechos colectivos. Por otro lado tampoco se reconoce a las comunidades indígenas como sujetos de derecho público dejando al arbitrio de las autoridades estatales este carácter.

#### **b) En cuanto a los derechos económicos:**

La iniciativa gubernamental elimina toda referencia a los territorios indígenas y al acceso colectivo a los recursos naturales. Consagrando el derecho de acceder a los recursos naturales que se encontraran en sus tierras y agrega que este derecho se ejercerá "... con las modalidades y limitaciones establecidas para la propiedad por la constitución y las leyes"; negando de esta forma todo derecho de acceso colectivo. Creemos que si la intención era suprimir este derecho colectivo, el ejecutivo mexicano pudo perfectamente haber evitado toda referencia al tema, la disposición así redactada nos lleva a un absurdo, pues, establece el derecho al goce y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en las tierras de propiedad indígena, lo que ya está garantizado al reglamentar del derecho de propiedad. Por otra parte en cuanto al acceso de los indígenas a la riqueza nacional se expresa que se adoptaran las medidas necesarias a fin de que en los planes de desarrollo nacionales se tome en cuenta a los pueblos indígenas tratando de promoverse la igualdad de oportunidades con él fin de que estos puedan acceder a la riqueza nacional, pareciera ser que esta es una norma meramente declarativa que no reconoce derecho alguno a los indígenas y no pasa de ser una declaración de buenas intenciones.

#### **c) Acceso a los medios de comunicación:**

Donde el proyecto del gobierno reconoce el derecho a las comunidades para adquirir, operar y administrar sus propios medios de comunicación... *en los términos que las leyes establezcan*,<sup>31</sup> esta última frase es agregada en la iniciativa del ejecutivo, a primera vista pareciera ser una frase sin mayor importancia, sin embargo y siguiendo a López Barcenas, su inclusión no fue una casualidad y agrega "... la actual reglamentación prescribe que todas las transmisiones se hagan en español y si fuera necesario hacerlo en otras lenguas primero deberá ser en español para después traducirlas" (op. cit.), lo que hace inverosímil este derecho consagrado.

#### **d) Derechos indígenas en materia cultural:**

En el proyecto enviado por el ejecutivo, éste se atribuye como un derecho exclusivo definir los contenidos de los programas educativos y solo concede a las comunidades el ser consideradas para la incorporación de los contenidos regionales, lo que significa un retroceso en comparación al proyecto de la comisión de concordia y pacificación, donde se establecían mecanismo de consulta a los pueblos indígenas con el objeto de definir y desarrollar programas de educación en la que se reconocerá la herencia cultural de estos.

---

<sup>31</sup> El subrayado es nuestro

## e) Derecho indígena o pluralismo jurídico

Se mantiene la referencia a los sistemas normativos indígenas, pero se restringe la disposición al reducir su ámbito de competencia a los conflictos internos entre los miembros de los pueblos, sujetándose a los principios generales de la constitución mexicana y a las garantías individuales consagradas en ella; a diferencia del proyecto de la COCOPA que no contemplaba tal limitación. En cuanto a los límites de la jurisdicción indígena están dados por las garantías establecidas en la constitución y por los Derechos Humanos.

### 1.5. Reforma constitucional

La iniciativa presidencial es enviada al Congreso de la Unión, con el objeto que sea aprobada por el legislativo, lo que finalmente ocurre en el mes de abril del año 2001 conjuntamente con ello el gobierno recomienda a los Estados que reformen sus constituciones estatales en términos similares a la iniciativa elaborada por el ejecutivo. Hasta finales del año 2001 habían sido reformadas 19 Constituciones estatales "... en todas ellas se ensaya una nueva técnica legislativa simulando que se consagran derechos cuando en realidad no es así, sea por que la materia no es de competencia federal o bien por que se da a los conceptos contenidos que no tienen", (López Barcenas, op.cit.) demostrando la nula voluntad del gobierno para reconocer los derechos indígenas.

En los hechos, el contenido de la reforma constitucional se encuentra plagado de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, en especial del convenio 169 de la OIT, que en conformidad al artículo 133<sup>32</sup> de la Constitución Política Mexicana constituye derecho vigente y no cualquier derecho sino uno de rango secundario a la constitución, encontrándose por encima de las leyes federales. Es decir, los tratados en general y en especial el convenio 169 tiene un rango superior al derecho federal y local y cuya violación genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado mexicano.

En este sentido, la reforma constitucional infringe, entre otros, el artículo 6 del citado convenio al no cumplir con la obligación de consulta a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El constituyente derivado no respetó dicha obligación al decidir sobre los pueblos indígenas sin su participación y en contra de su voluntad

### 1.6. Rechazo a la Reforma Constitucional

Por otro lado y como era de esperarse el EZLN rechaza el proyecto presidencial suspendiendo todo dialogo con el gobierno expresando "... que el EZLN no retomará el camino del diálogo con el gobierno federal hasta que sean reconocidos constitucionalmente los derechos y la cultura indígenas de acuerdo a la llamada "iniciativa de ley de la COCOPA"<sup>33</sup> argumentando que la reforma constitucional enviada por el gobierno en 1998 y luego aprobada por el congreso de la Unión, no responde a las demandas de los Pueblos Indios, del Congreso Nacional Indígena, del EZLN, y que traiciona los acuerdos de San Andrés y la llamada "iniciativa de ley de la COCOPA" en los puntos sustanciales de estas reivindicaciones: Autonomía y libre determinación, los pueblos indios como sujetos de derecho público, tierras y territorios, el uso y disfrute de los recursos naturales, la elección de autoridades municipales y derecho de asociación regional, entre otros. La reforma no hace sino impedir el ejercicio de los derechos indígenas representando una grave ofensa a los pueblos indios, a la sociedad y a la opinión pública, pues desprecia la movilización y el consenso sin precedentes que la lucha indígena alcanzó en estos tiempos.

<sup>32</sup> Dicho artículo dispone lo siguiente: "Esta constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma... serán ley suprema de la Nación..."

<sup>33</sup> Párrafo tomado del comunicado del 29 de abril de 2001 de la comandancia del EZLN, página de documentación del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN. [www.ezln.org](http://www.ezln.org))

A juicio de varios (Gómez, Magdalena; López, Francisco; Gallegos) el proceso de reforma a la constitución Mexicana aprobada en el año 2001 se encuentra viciada, tanto en la forma como en el fondo. Viciada en la forma pues no se habría seguido con los requisitos establecidos en el Art. 135 de constitución mexicana que al efecto señala:

”..La presente constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser partes de la misma se requiere que el congreso de la Unión, por el voto conforme de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados. El congreso de la Unión o la Comisión permanente, en su caso, harán el computo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas“<sup>34</sup>

Al respecto, según Magdalena Gómez (2000), no se habría cumplido con la aprobación de las legislaturas estatales ya que varios estados de la Unión emitieron su dictamen sin los quórum requeridos en sus respectivas cartas constitucionales. Por otro lado, la comisión permanente hace la declaración de reforma constitucional cuando el total de los estados aún no se pronunciaba en relación con esta. Aplicando un criterio arbitrario, en orden a interpretar que podía pronunciarse sobre la reforma contando con la aprobación de solo 16 de los 31 estados federados, obviando la opinión de las demás legislaturas estatales.

Viciada en cuanto al fondo por que se violaron garantías como la de legalidad, al emitirse un acto contrario a la constitución como asimismo no se consideró el estatus del Convenio 169 de la OIT, en particular el derecho a la consulta infringiendo consecuentemente el artículo 133 sobre la jerarquía de los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Estado mexicano.

En este sentido, la reforma ha sido rechazada de diversas maneras siendo la más significativa la utilización de recursos legales para su impugnación, mediante recursos de amparo y acciones de inconstitucionalidad, al efecto, tras su promulgación 331 municipios indígenas presentaron a la Corte Suprema controversias constitucionales para impugnar la violación al procedimiento de reforma constitucional. Dichas controversias son procedimientos mediante los cuales la Suprema Corte resuelve divergencias entre distintos órganos relativos a la constitucionalidad de sus normas o actos. En definitiva “... el proceso que siguió a la iniciativa de reforma constitucional... y sus magros resultados ha generado un extenso rechazo de los pueblos indígenas pero también de la sociedad civil nacional e internacional, así como del EZLN generando un panorama político incierto y que reclama soluciones de fondo...” (Zúñiga, Lopez, et.al., 2001: 142).

## **2. Reconocimiento constitucional en Nicaragua**

### **2.1. Antecedentes generales**

Nicaragua fue hasta la década de los noventa el epicentro de la reflexión autonómica en Latinoamérica constituyendo uno de los principales referentes para los movimientos indígenas americanos. La experiencia de la costa Atlántica Nicaragüense tiene antecedentes históricos, geográficos y políticos, y no solo se explica a partir de la revolución Sandinista de 1979 (FSLN) y la contra revolución que le siguió.

En Nicaragua se evidencian dos zonas geográficas claramente definidas, la zona de la costa Pacífico y la costa Atlántica, ambas se encuentran separadas cordones montañosos. Esta circunstancia

<sup>34</sup> De este artículo se colige entonces que cuatro son los elementos necesarios para proceder a reformar la carta constitucional Mexicana: **1.-** que la reforma sea decretada por 2/3 del congreso de la Unión; **2.-** Que se consulte la aprobación en sus términos a las legislaturas de los estados; **3.-** Que la mayoría absoluta de estas legislaturas acepten la reforma o adición; **4.-** Que se realice el computo de votos y la declaración correspondiente por el propio congreso de la unión o, en su caso por la comisión permanente.

influyó a que, en cierto modo, todo el proceso colonial, la independencia y la formación del Estado nacional nicaragüense se hayan desarrollado mirando hacia el pacífico más que al atlántico. Ya desde la colonia, mientras en la costa pacífico se consolida el poder colonial español con sus instituciones y todo su andamiaje colonial (iglesias, juzgados etc.), en la costa Atlántica este poder tiene un carácter más bien nominal, existiendo en ella una clara influencia inglesa. Tras su independencia Nicaragua reclama derechos sobre la costa Atlántica, los que finalmente son reconocidos por Inglaterra en el tratado de Managua en 1860. Asimismo en este tratado, se reconoce la autonomía de los indígenas para autogobernarse; sin embargo en el año 1894 el ejército incorpora militarmente la costa Atlántica al Estado poniendo fin a esta autonomía indígena.

En 1978 estalla la revolución contra la dictadura de Anastasio Somoza, su gobierno es vencido en el año 1979 por el ejército revolucionario del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), sin embargo a poco de terminar la revolución, comienzan a producirse quiebres en la dirigencia de los vencedores, y en este contexto, un grupo de líderes y dirigentes indígenas pertenecientes a los pueblos Miskitos, Sumus y Ramas agrupados en lo que se llamó MISURASATA (Miskitos, Sumus y Ramas unidos) que en un principio habían participado del lado del Sandinista, pasan a la Contrarrevolución, que recibe la generosa ayuda económica y logística del gobierno de Estados Unidos de Norteamericana.

En plena guerra el gobierno Sandinista formula la propuesta de autonomía para las comunidades indígenas de la costa de la atlántica, negociando directamente con ellos el establecimiento de un estatuto especial de autonomía. Dicho proyecto autonómico se sustenta en los principios de democracia popular, unidad del pueblo y la identidad nacional que descansa en el carácter Multiétnico y Multilingüístico de la nación (Díaz Polanco, 1986).

## **2.2. Elementos centrales del régimen autonómico nicaragüense**

Es una propuesta basada en un régimen de autonomía regional, que se establece y opera como parte de la nación y como espacios que garantizan las adecuadas condiciones para el pleno desarrollo de las particularidades socio-culturales de los grupos involucrados.

La autonomía de la costa atlántica, opera basada en una normativa previamente aprobada por las instancias competentes del estado soberano, dicha ley o estatuto delimita al espacio territorial dentro del cual las comunidades socioculturales ejercen sus respectivos derechos.

El ejercicio de los derechos específicos abarca por igual a todos los grupos socioculturales que ahí conviven Miskitos, Ramas, Sumus, Garifonas etc., sin exclusión de ninguno.

## **2.3. Reconocimiento constitucional y estatuto de autonomía**

El año 1986 la Asamblea Nacional de Nicaragua adopta una nueva constitución, la cual significó un reconocimiento del carácter Multiétnico y Pluricultural de la nación (Art. 8<sup>35</sup>). En la nueva carta constitucional, se reconoce a las comunidades indígenas de la costa Atlántica el derecho de preservar y desarrollar su propia identidad cultural, dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones (Art. 89<sup>36</sup>); asimismo reconoce a pueblos indígenas el derecho a preservar y desarrollar sus propias culturas y lenguas; de la misma forma que garantiza el acceso y control de sus recursos naturales y sus sistemas de propiedad comunal (Art. 180). Por su parte el Art. 181 inciso segundo dispone que las concesiones y explotaciones de recursos naturales que hayan de efectuarse en la costa atlántica deberán contar con la aprobación de del Consejo regional Autónomo.

---

<sup>35</sup> "...El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana"

<sup>36</sup> Capítulo VI.- Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica; Art. 89 al 91

Por otro lado y cumpliendo el mandato constitucional, en 1987, la Asamblea Nacional Nicaragüense aprueba el “Estatuto de Autonomía” en el que establece el régimen de autonomía en la costa Atlántica. Los gobiernos autónomos se pusieron en funcionamiento en 1990, año que fueron elegidos los primeros consejos de las regiones autónomas, este estatuto de autonomía, concibe en su Art. 8 a las “Regiones Autónomas”, a los órganos encargados de su administración y gobierno como también sus facultades y funciones.

#### **2.4. Reforma constitucional de 1995**

El año 1995 se practica una reforma a la constitución de 1987 en la parte relativa a las regiones autónomas, en dicha reforma se sientan las bases para fortalecer los derechos de los pueblos indígenas y el régimen autonómico de las regiones autónomas de la costa atlántica nicaragüense, en este sentido se incorpora un nuevo párrafo al Art. 5 de la constitución, en el cual el constituyente derivado reconoce la existencia de Pueblos Indígenas sin hacer distinción entre el Pacífico y el Atlántico, agregando que gozan del derecho a tener sus formas de organización social así como mantener las formas comunales de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, estableciendo que para las comunidades de la Costa Atlántica el régimen de autonomía se instituye en la propia normativa constitucional, lo que sin duda constituye un avance en relación al texto original que establecía: “...que el Estado por medio de una ley el régimen de autonomía “. En este sentido se podría argumentar que el actual estatuto de autonomía Goza de rango constitucional ya que es esta ley la que organiza el régimen de autonomía.

Junto a la reforma introducida al Art. 5 constitucional, el constituyente derivado modifica una serie de artículos, pero siempre en el mismo sentido de lo dicho, esto es, fortaleciendo el régimen de autonomía de las regiones de la costa atlántica y extendiendo los derechos y reconocimientos a los pueblos y comunidades indígenas de todo el territorio Nicaragüense como por ejemplo reconociendo el régimen de propiedad de las comunidades indígenas y el derecho a la educación intercultural en su lengua materna.<sup>37</sup>

#### **2.5. Estructura y contenido del régimen de autonomía**

La autonomía establecida por la constitución y el “Estatuto de autonomía” de 1987 configura dos nuevos entes jurídico-políticos en la institucionalidad pública nicaragüense: Las llamadas “Regiones Autónomas” a las que concibe como personas jurídicas de derecho público. Estas regiones en su conjunto abarcan el 56% del territorio y el 10 % de la población del país (RIZO, 1998: 126). La región autónoma del Atlántico Norte (RAAN) y región autónoma del Atlántico Sur (RAAS), con sus sedes administrativas en las ciudades Bilwi y Bluefields respectivamente; junto con definir los territorios regionales, el estatuto de autonomía, determina cuales son sus órganos administrativos y sus atribuciones.

En cada una de estas regiones existe un órgano llamado “Consejo Regional Autónomo”<sup>38</sup> que tiene el carácter de gobierno colectivo de la región y está formado por 45 miembros, provenientes de los municipios y comunidades indígenas, más 2 diputados nacionales de cada región. Este consejo regional elige de entre sus miembros un “coordinador de gobierno”<sup>39</sup> que tiene el carácter de gobernador, configurando el ejecutivo regional y una “junta directiva”<sup>40</sup> integrada en forma plural para dar espacio a todos los pueblos representados en el consejo. El gobernador se encuentra subordinado al consejo regional que es el órgano supremo quien puede incluso removerlo por causa justificada. Los concejales son elegidos por circunscripciones electorales con el objeto de asegurar la participación de todos los grupos étnicos independientemente del tamaño de su población. Estas regiones tienen, a través de sus órganos, las siguientes atribuciones:

<sup>37</sup> Art. 121 reformado de la constitución de la Republica de Nicaragua.

<sup>38</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>39</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>40</sup> El subrayado es nuestro.

- a) Participar en la elaboración y ejecución de planes y programas de desarrollo nacional a fin de armonizarlos con los intereses de las comunidades de la costa atlántica.
- b) Administrar en la región programas de salud, educación cultura, abastecimiento transporte, servicios comunales etc., en coordinación con los ministerios del Estado.
- c) Impulsar proyectos económicos, sociales y culturales propios
- d) Promover el uso racional de las tierras, aguas y demás recursos naturales presentes en las regiones y la defensa de los sistemas ecológicos.
- e) Al consejo regional corresponde autorizar concesiones o contratos sobre recursos naturales existentes en la costa atlántica
- f) Promover el estudio y difusión de las culturas indígenas en las comunidades de la costa atlántica así como su patrimonio histórico.
- g) Establecer impuestos regionales conforme a las leyes que rijan la materia (Aylwin, 1995).

La experiencia de autonomía en Nicaragua lleva ya 10 años de funcionamiento, en su implementación se han evidenciado no pocas deficiencias, relacionadas principalmente con en la falta de delimitación de competencias con los órganos de la administración central de Estado, lo que genera intromisiones de estos en esferas que corresponden a los órganos regionales; esto se debe, en gran medida, a que no existe un reglamento que regule la aplicación del estatuto de la autonomía, estableciendo los límites de competencias con los órganos del Estado.

De igual forma, se evidencia una falta de recursos económicos, ya que los entregados por el ejecutivo a las regiones autónomas son insuficientes; otra gran dificultad se produce por la falta de los recursos humanos capaces de asumir las responsabilidades que significa la implementación de la autonomía:

“... actualmente no existen los actores con la capacidad sacar la autonomía adelante... el gran reto es romper con la mentalidad alienada costeña y entender que la autonomía la vamos a hacer nosotros aquí, no en Managua... y el mayor esfuerzo que estamos haciendo [para superarlo] tiene que ver con la creación de ONGs y el impulso de la universidad de la Costa.” (Díaz Polanco, 2000)

Por otro lado a partir de las elecciones presidenciales de 1990 se encuentra en el gobierno una coalición política de clara inspiración conservadora, y partidaria de la economía de libre mercado, es en ellos que la autonomía a encontrados sus más poderosos detractores.

### **3. Reconocimiento constitucional en Colombia**

#### **3.1. Antecedentes Generales**

La Constitución Colombiana de 1991, que deroga a la Constitución 1889 de inspiración conservadora después de más de un siglo de vigencia, responde a una necesidad imperiosa de la sociedad colombiana por democratizar sus instituciones y recuperar la legitimidad del Estado frente sus ciudadanos haciendo mas accesible la protección de sus derechos fundamentales. Esta nueva carta fundamental constituye uno de los ejemplos más paradigmáticos de aceptación del multiculturalismo, al consagrar una serie de derechos a favor de los pueblos indígenas en distintas materias, como el acceso a los recursos naturales derecho al territorio etc. A la par con lo anterior en los últimos años se ha ido desarrollado toda

una doctrina o práctica institucional, especialmente de la Corte Constitucional Colombiana, que favorece al respeto y aceptación de las diferencias culturales, que se ha complementado con la dictación de leyes a fin de implementar las garantías reconocidas por la Constitución y la ratificación de instrumentos internacionales como el Convenio 169 que tiene el carácter de ley de la república desde 1992.

### **3.2. Constitución de 1991**

La constitución comienza expresando en su Art. 1:

“... Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales democrática participativa y pluralista fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general.”

Luego agrega en el Art. 7 un reconocimiento a la multiétnicidad y pluriculturalidad de Colombia. Este reconocimiento debe reflejarse en todas las acciones que ejecute el Estado en territorios indígenas, las cuales deben propender a la conservación cultural de estas sociedades respetando sus tiempos y espacios.

Desde 1993 el Estado considera a las autoridades tradicionales indígenas como entes estatales de derecho público confiriéndole la administración de sus territorios Ley 60 de 1993. Una vez que el Estado colombiano se reconoce como multicultural, surge la necesidad de identificar aquellos derechos que se pueden considerar como específicos de los pueblos indígenas en la medida en que reflejan valores culturales y espirituales diferentes a los del resto de la sociedad; así la Constitución y posteriormente las Leyes reconocen un sin número de derechos, los que podemos agruparlos de la siguiente manera:

#### **a) Derechos políticos**

La Constitución consagra la participación de los indígenas en la esfera política electoral, creando una circunscripción especial para los indígenas (Art.171), regida por el sistema del cociente electoral, en la que tienen derecho a elegir 2 senadores. Las calidades exigidas para aspirar a este cargo consisten en haber sido autoridad tradicional en una comunidad o dirigente de una organización indígena. No obstante ello también reconoce a los “grupos étnicos”, particularmente a los grupos y comunidades Afroamericanas del pacífico, una circunscripción especial para acceder, junto a los colombianos residentes en el exterior, a la cámara de representantes (diputados) con un máximo de 5 representantes.

#### **b) Reconocimiento de derechos culturales:**

Este derecho está reconocido en términos generales en el Art. 7 constitucional, siendo el Art. 70 una formulación más específica, en él establece el deber del Estado de reconocer la igualdad y la dignidad de las culturas que conviven en el país considerándolas como fundamento de la nacionalidad colombiana. Este reconocimiento a la especificidad cultural indígena se traduce por ejemplo:

En materia de educación intercultural, la ley 115 de 1994 establece la etnoeducación para los grupos indígenas, la cual “... Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.” Igualmente, se “... promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos...”, el Ministerio de Educación de acuerdo con los grupos étnicos “...prestará asesoría especializada en el desarrollo curricular, en la elaboración de textos y en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística.” También se establece que las

autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicados.<sup>41</sup>"

En cuanto a las lenguas indígenas, la Constitución establece que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios.

### **c) Derechos indígenas en materia económica:**

Establece que las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La Ley 99 de 1993, reconoce a los indígenas como encargados de la administración y manejo de los recursos naturales dentro de sus territorios, por lo cual todo programa y proyecto que en esta materia se realice debe ser en coordinación con las autoridades tradicionales. El Ministerio del Medio Ambiente y los institutos de carácter científico deben fomentar y difundir los conocimientos y tecnologías sobre manejo ambiental y de recursos naturales, de las culturas indígenas. Igualmente, crea la Corporación Autónoma Regional del Norte y Oriente Amazónico (CDA) como ente gubernamental encargado de la ejecución de políticas, programas, planes y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables. Igualmente, la Ley 21 de 1991 establece que cualquier acción que se vaya a realizar en estos territorios debe ser consultada y acordada con las comunidades indígenas que le habiten.

### **d) Derechos jurisdiccionales (Art. 246 y 330 Constitución Política)**

La carta constitucional 1991 reconoce en su Art. 1 el carácter pluralista y democrático del Estado y en el Art. 7 reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y la necesidad de mantener un trato igualitario y digno a todas las culturas del país. Luego en el Art. 246 hace un reconocimiento a la existencia de sistemas normativos indígenas, al señalar que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, en conformidad a sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la constitución y a las leyes de la república, estas facultades jurisdiccionales no se restringen, como podría pensarse a los casos de menor cuantía sino que incluso a delitos mayores como el homicidio o las lesiones graves.

El desarrollo y aceptación del pluralismo jurídico en Colombia se ha debido en gran parte a la actitud adoptada por la Corte constitucional de Colombia quien ha dado una nueva interpretación a la legislación, dejando de lado la escuela exegética, dando aplicación directa a las normas constitucionales.

## **3.3. Territorios indígenas, los Resguardos y Entidades Territoriales Indígenas**

El reconocimiento de sus territorios ha sido una de las reivindicaciones centrales de los pueblos indígenas como supuesto necesario para la autonomía indígena, la constitución colombiana significa un importante avance al respecto, al elevar a rango constitucional los antiguos resguardos indígenas y la creación de una figura nueva en la legislación como las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs).

---

<sup>41</sup> Ley 115 de 1994, obtenida de la página de documentación de la Corporación de la Región Amazónica. [www.coama.org](http://www.coama.org)

### 3.3.1. Los Resguardos

Los Resguardos son espacios territoriales colectivos donde vive una parte importante<sup>42</sup> de la población indígena colombiana<sup>43</sup>, y que en su mayoría fueron otorgados durante el periodo colonial, sin embargo una parte importante fue creados en los últimos años, ya sea, durante el proceso de la reforma agraria o como “reservas”<sup>44</sup> con el fin de preservar la Biodiversidad de la amazonía colombiana, para después ser declarados como Resguardos.

La Constitución de 1991 reconoció los resguardos como tierras de propiedad colectiva no enajenable e inembargable (Art. 63) otorgándole el rango de municipios, por lo cual participan en los ingresos corrientes de la Nación. La Ley 60 de 1993 estipula que “...Los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 (de la constitución) sean considerados por la Ley como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite el respectivo resguardo.

Estos recursos deben ser utilizados para cubrir sus necesidades básicas, según sus usos y costumbres, de acuerdo a los sectores de inversión considerados por la Ley. Además, los municipios o departamentos no quedan eximidos de su responsabilidad con los habitantes de los resguardos<sup>45</sup>.

### 3.3.2. Entidades Territoriales Indígenas (ETIs)

Junto con reconocer constitucionalmente a los resguardos, la carta del 91 crea la figura de las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) con el propósito de garantizar la autonomía de los pueblos indígenas y con el objeto de que ellos puedan asumir la prestación de los servicios públicos de acuerdo con sus principios, sus propias autoridades y culturas en el territorio a que pertenecen.

En efecto el Art. 286 (CPR) define la llamadas Entidades Territoriales, expresando que son “...los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas” y el Art. 329 complementa esta definición estableciendo que la conformación de las ETIs se hará con sujeción a lo que disponga la ley de ordenamiento territorial y la delimitación territorial será efectuada en conjunto por el gobierno nacional y representantes de las comunidades indígenas. Una vez conformadas las ETIs gozaran de AUTONOMÍA<sup>46</sup> para la gestión de sus intereses pudiendo gobernarse por sus propias autoridades.

El gobierno de las ETIs recaerá en consejos tradicionales, que serán conformados de acuerdo a los usos y costumbre que tengan los indígenas y ejercerán las siguientes funciones (ARANGO, 1991):

- a) Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- b) Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- c) Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.

<sup>42</sup> A 1990 existían alrededor de 400 resguardos comprendiendo una superficie de aprox. de 24.000.000 de has, equivalente al 24% del territorio nacional.

<sup>43</sup> Similares a los Títulos de merced otorgados a los Mapuche con posterioridad a la ocupación de la Araucanía

<sup>44</sup> Especialmente durante le periodo del presidente Virgilio Barco 1986-1990.

<sup>45</sup> Datos obtenidos de la página web de Corporación de la Región Amazónica. [www.Coama.com](http://www.Coama.com).

<sup>46</sup> Art. 287 Constitución Política de la Republica Colombiana.

- d) Percibir y distribuir sus recursos.
- e) Velar por la preservación de los recursos naturales.
- f) Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
- g) Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- h) Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
- i) Las que les señalen la Constitución y la ley.

La Entidad Territorial Indígena (ETI) no es un resguardo más grande, sino una entidad política administrativa nueva, destinada a garantizar autonomía y a promover la interrelación de los indígenas con la sociedad nacional en un marco de respeto mutuo y sin detrimento de identidad, cultura, conocimiento y patrimonio.

### 3.4. Las Tutelas Jurisdiccionales y derechos indígenas

Como expresamos al comenzar, una de las circunstancias que motivan la dictación de la nueva carta fundamental colombiana fue su lejanía del ciudadano común:

“... a Constitución de 1889 a diferencia de la de 1991 no fue conocida jamás, más que por profesores de derecho constitucional, ni siquiera por los propios jueces. La Constitución de 1991 ha llegado al hombre común al lego, en especial a través de mecanismos como las acciones populares de cumplimiento o de tutela. Estos mecanismos le han enseñado al ciudadano que existe algún recurso para evitar la violación de sus derechos fundamentales de una manera despiadada, cotidiana y constante.” (Gaviria, 2000)

Justamente las acciones de tutela tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales cuando existe una vulneración o amenaza de ellos, sujetándose a un procedimiento sumarísimo.<sup>47</sup>

Innumerables son las tutelas interpuestas por los indígenas en defensa de sus derechos lo que ha obligado a la corte a pronunciarse fijando el alcance de los preceptos constitucionales e incluso a permitido aplicar normas constitucionales que aun no han sido desarrolladas por el legislador. En este punto la Corte Constitucional ha adoptado una posición amplia, reconociendo la autonomía indígena pero aceptando que esta se encuentra sujeta a límites, los que en ningún caso pueden estar dados por la “...Constitución y las leyes”<sup>48</sup> en un sentido genérico, pues ello haría ilusorio cualquier reconocimiento, sino por un núcleo duro de Derechos Humanos fundamentales, reconocibles universalmente.

---

<sup>47</sup> Art. 86 y siguientes de la Constitución Colombiana.

<sup>48</sup> El subrayado es nuestro

## **4. Reconocimiento constitucional en Panamá**

### **4.1. Antecedentes Generales**

El proceso de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Panamá ha sido lento, siendo la primera vez que se reconoce dicha materia en la constitución de 1925. Sin embargo no es sino hasta 1972 que se incorpora definitivamente en el texto constitucional un reconocimiento a las culturas indígenas. En este sentido el artículo 86 de la Constitución Política reconoce la identidad étnica de las comunidades indígenas, que debe ser entendida como todas sus manifestaciones y sus conocimientos artísticos, científicos, culturales, políticos y económicos, uno de los principios fundamentales plasmados en la constitución de 1972 es el derecho de propiedad colectiva de las tierras a favor de los pueblos indígenas el cual es regulado en conformidad a su propia cosmovisión.

Por su parte artículo 5 de la Carta panameña dispone que su territorio se divide en provincias, estas en distritos los que a su vez se dividen en corregimientos, pero hace una importante agregación: la ley podrá crear otras divisiones políticas sujetas a regímenes especiales. La constitución de 1972 a diferencia de las constituciones anteriores, establece la posibilidad de crear territorios sujetos a regímenes especiales, ello a significado que distintos pueblos indígenas sobre la base de dicho artículo, hayan solicitado y logrado el reconocimiento de zonas especiales llamadas "comarcas", cada una de las cuales tiene su propia organización y estructuración implementada mediante la dictación de leyes especiales y decretos ejecutivos que establecen su orgánica interna y atribuciones en materias de relevancia como son: la regulación de la tierra y el territorio; órganos de administración y gobierno; ingerencia en el manejo de los recursos naturales y facultades jurisdiccionales;. En efecto en Panamá existen 5 comarcas indígenas Ngobe buglé; Emberá- woennan; Kuna Yala; Madugandí; Wargandí.

### **4.2. Estructura y contenido del régimen de las comarcas en Panamá**

Como dijimos anteriormente Panamá incorpora a su institucionalidad administrativa la creación de cinco comarcas indígenas cada una de las cuales tiene distintos grados de facultades y funciones debido básicamente a la ley orgánica que las crea, a continuación desarrollaremos un breve análisis de cada una de ellas.

#### **4.2.1. Comarca de Kuna Yala**

La comarca de Kuna Yala ha sido el modelo para las otras comarcas indígenas de Panamá y ha servido de inspiración a los demás pueblos indígenas. Esta comarca existía antes de la creación del Estado panameño, sucedido en 1903, para entonces el gobierno colombiano había reconocido a los Indígenas Kunas la comarca de Tulenega con un comisario general nombrado por el poder ejecutivo de la unión.

Luego de la secesión de Panamá y su nacimiento como estado nacional soberano dicho acuerdo fue desconocido por la naciente república. Pero no es sino hasta 1925 que el Pueblo Kuna mediante un levantamiento armado contra el gobierno logra un acuerdo en que se reconocen como reservas indígenas las tierras de la costa atlántica y se reconoció que estaban poseídas en común por las tribus aborígenes que las habitaban, sin que pudieran ser enajenadas o arrendadas.

Sin perjuicio de lo anterior es a partir de 1953, que por medio de la ley número 16, que el Estado reconoce la existencia en la comarca de San Blas del congreso General Kuna y los congresos de pueblos los que tendrían jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, salvo la aplicación de leyes penales, de la misma forma se reconoció a las autoridades tradicionales como los caciques y sáhilas.

Por otro lado, el ejecutivo emitió en el año 1983 el decreto numero 89, con el objeto de regular el nombramiento y remoción del intendente de la comarca Kuna Yala. En dicha normativa se estableció que el consejo general Kuna elegiría una terna para el cargo de intendente, en este mismo sentido los Kunas lograron en el año 1984 que se incluyera en el nuevo código judicial la existencia de un juez y un personero en la comarca, con las funciones que les señalan las leyes especiales. Asimismo también en 1984 los kunas consiguieron que el estado reconociera el matrimonio que realizan de acuerdo a su tradición como matrimonio legal con los mismos efectos del matrimonio civil.

#### **4.2.2. Comarca Emberá-Wounaan**

El Estado panameño crea en el año 1983 la comarca Emberá de Darien, mediante la Ley N° 22 de noviembre de dicho año, la comarca de Emberá se divide en dos áreas: Cemaco y Sambú.

La ley reconoce a los congresos indígenas regionales y locales, al igual que a sus autoridades, como los caciques y el Consejo de Nokoos, siendo el máximo organismo tradicional de decisión y expresión en la comarca el Congreso General Emberá Wounaan, en lo relativo a la tierra la ley señala que son patrimonio de la comarca Emberá Wounaan, para su uso colectivo de estos grupos colectivos, prohibiendo su apropiación por parte de los privados.

En cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales la ley prevé que para el aprovechamiento de los recursos naturales debe existir el consentimiento del cacique general y del cacique regional correspondiente, estableciendo que el ejecutivo garantizará los beneficios económicos y sociales que se deriven de la explotación de los recursos del subsuelo.

Por otro lado, en cuanto a la educación, la normativa 22 establece que esta será de carácter bilingüe, planificada, organizada y ejecutada en coordinación con las autoridades tradicionales indígenas y las autoridades del estado. En este sentido vale la pena destacar que la ley 22 fue reglamentada mediante la carta orgánica administrativa de la comarca Emberá Wounaan de Darien, aprobada por decreto ejecutivo Numero 84 de 1999, dicha carta orgánica reconoce en su articulado la forma de uso y usufructo de la tierra familiar, comunal, colectiva de aprovechamiento forestal, para la subsistencia biocultural y para la reforestación, como asimismo el derecho a administrar los recursos naturales y las áreas silvestres protegidas conjuntamente con las autoridades del Estado.

Por ultimo se reconoce también el derecho a practicar su religión, su medicina tradicional y sus instituciones de familia como las formas que utilizan tradicionalmente para resolver sus conflictos.

#### **4.2.3. Comarca Ngobe-Buglé**

Esta comarca se creó mediante la Ley N° 10, de marzo de 1997 en cuanto a su contenido destacan principalmente los siguientes aspectos:

En cuanto al reconocimiento de tierras indígenas la ley establece que el estado va mas allá de solo reconocer el derecho de los indígenas a la propiedad colectiva de la tierra prohibiendo su apropiación por los particulares sino que también reconoce los títulos y derechos posesorios de todos los indígenas que quedaron fuera de la comarca.

En lo relativo a la administración de justicia establece que esta se ejercerá teniendo en cuenta, además de la constitución y las leyes nacionales la realidad cultural del área, reconociendo además sus instituciones tradicionales en materia de familia.

Pro otro lado, en cuanto a la administración de los recursos naturales, la carta orgánica prevé en su artículo 228 que para el desarrollo de la explotación y exploración de los recursos naturales de la comarca se llevará a cabo una consulta y aprobación previas, garantizando una efectiva participación en la planificación y ejecución, así como en los beneficios.

Por ultimo en cuanto al gobierno y administración comarcal esta recaerá en el congreso general, los congresos regionales y locales, el consejo comarcal de coordinación, los consejos municipales y los encuentros interregionales de dirigentes comarcales conformados de acuerdo a los propios usos y costumbres del Pueblo Ngobe-Buglé

#### **4.2.4. Comarca Kuna Madungandi**

La comarca de Kuna Madungandí fue creada en conformidad a la ley numero 24 de 1996; esta ley reconoce a las autoridades y a las instituciones indígenas, como los congresos general, regional y local, los caciques y sáhilas.

Al igual que las demás comarcas, reconoce la propiedad colectiva de las tierras a favor de los indígenas que la habitan.

En cuanto a la administración de justicia el artículo 65 de la carta orgánica de la comarca (decreto 228), señala que los habitantes de esta comarca están sometidos a la constitución y leyes del estado panameño y a sus normas de conductas tradicionales.

En lo relativo al manejo de los recursos naturales se establece que la comarca tiene derecho exclusivo al uso, manejo y aprovechamiento tradicional sostenible de los recursos renovables y el ambiente ubicado dentro de sus límites, señalando además que cualquier tipo de autorización relacionada con los recursos naturales de la comarca deberá preferir los proyectos presentados por sus miembros; consagrando el derecho de participación en los beneficios económicos que pudieran derivarse de estas actividades.

#### **4.2.5. Comarca Kuna de Wargandi**

Esta comarca fue creada mediante la ley numero 34 del año 2000, esta comarca es la tercera comarca Kuna y la quinta de su clase, al igual que las demás leyes comarcales la ley 34 ha establecido los derechos fundamentales del pueblo Kuna de Wargandi.

También en este caso se reconoce la propiedad colectiva de las tierras a favor de las comunidades Kunas, junto a ello se establece que la reforma agraria reconocerá los derechos posesorios de los no indígenas dentro de los límites de la comarca, agregando que las tierras de los no indígenas no forman parte de la propiedad colectiva de la comarca..

En lo administrativo se reconoce por la ley la existencia del congreso general, como máxima autoridad tradicional de la comarca, y de los congresos locales, de acuerdo con su tradición y a la carta orgánica de la comarca, señalando que las resoluciones y decisiones que emanen del congreso general tendrán el carácter de obligatorias, en este sentido la ley reconoce como autoridades tradicionales superiores a los caciques quienes serán los principales representantes ante las instituciones públicas y privadas y a los sáhilas como autoridades y representantes de sus comunidades ante estas instituciones.

En cuanto a la administración de justicia esta se efectuara de acuerdo a lo establecido en la constitución y las leyes de la republica pero se tomará en cuenta la cultura del pueblo Kuna.

Por ultimo en lo relativo a la administración de los recursos naturales se señala por la ley que el congreso general junto con las comunidades de la comarca elaborará un plan de manejo y desarrollo de la región de acuerdo a su cultura, tradiciones y las leyes de protección y aprovechamiento de los recursos naturales, así el consejo tradicional mediante sus autoridades, protegerá y conservará los recursos naturales y velará por su uso sostenible.

## Alcance y efectos de los reconocimientos constitucionales

Los reconocimientos constitucionales en materia de derechos indígenas que se producen en Latinoamérica a partir de la década de los 80', y en general, durante el *auge* de "lo indígena", que se forja en la década de los 90 se traduce en una serie de reconocimientos y reformas en el ámbito constitucional. Sin embargo esta incorporación de los pueblos indígenas y sus derechos en la cúspide de la pirámide normativa no ha estado ajena a dificultades que de cierta manera limitan los derechos consagrados en estos instrumentos, ello tiene una serie de ejemplos concretos como el caso del EZLN y en general el movimiento indigenista mexicano cuya irrupción en el escenario político significó poner el tema de las reivindicaciones indígenas en el centro del debate de la sociedad nacional e incluso en el plano internacional al convertirse en un referente obligatorio para los demás movimientos indígenas americanos, pero que en definitiva no logró lo buscado empantanándose en un largo y tortuoso tira y afloja con en estado mexicano. En el mismo sentido de lo dicho, en Colombia aun no se dicta la "Ley de Ordenamiento Territorial", que en los hechos hace casi impracticable lo dispuesto por la constitución de 1991. Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento a la diversidad cultural y a la autonomía Indígena constituye un avance mas que significativo con relación al texto constitucional de 1889. Quizás el caso donde se han demostrado reales avances prácticos es Panamá donde si bien el Estado panameño no ha reconocido expresamente en el ámbito constitucional la existencia de los pueblos indígenas y sus culturas, salvo lo dispuesto en el ya citado artículo 86, dicha situación ha sido de alguna manera obviada en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 constitucional que como dijimos permite la creación de espacios territoriales sujetos a una administración especial, es de esta manera en que los pueblos indios de Panamá han logrado la creación de áreas especiales de "administración indígena" llamadas "comarcas". Estas áreas no son posibles de comparar con las experiencias de autonomía revisados anteriormente por que a nuestro juicio no es posible de hablar propiamente de una autonomía indígena en Panamá, sino de un proceso de carácter Sui Generis que mezcla grados de descentralización político administrativa y niveles reducidos de autogestión económica y ambiental, aspectos que forman mas bien parte de un proceso de control territorial que de autonomía propiamente tal.

El criterio, bajo el cual se puede evaluar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina, consiste como se ha dicho en la transformación de los Estados hacia modelos que reconozcan la multiculturalidad que los constituye. En este sentido, el repaso a las reformas constitucionales en América Latina arroja un saldo insatisfactorio, por cuanto en general parece más bien tratarse de reformas semánticas, o de meros "añadidos o apósitos que no inciden en un conjunto o sistema" (Clavero, 2002: 6). Es decir, en general se incorpora alguna norma que mencione a los indígenas, a modo de reconocimiento de un hijo ilegítimo, mas no, un reconocimiento de las propias nacionalidades con su derecho a autodeterminación, ejercido a través de la autonomía. Y en los casos que esta se reconoce, "suelen producirse en términos que los dejan a la disposición de la ley y de la justicia del Estado". De esta manera se trivializa la diversidad, en tanto se considera como un asunto cultural, entendido como lo folclórico, cuando los conflictos fundamentales de los que reclaman los indígenas se refieren a la posibilidad de administrar y aprovechar los recursos naturales que se encuentran en los espacios que habitan y a su participación política.

Las reformas que los estados americanos han efectuado de sus cartas fundamentales en las ultimas décadas constituyen reformas retóricas de diversidad, una suerte palabras de buena crianza que en definitiva y en la praxis se han encontrado con una serie de impedimentos prácticos que dificultan su vigencia y que no significan una verdadera reforma estado en términos de asumir la diversidad existente traduciéndose en un mantenimiento del estatus quo. Al parecer existe un temor por parte de los estados y sus clases dirigentes a efectuar reformas efectivas a su institucionalidad que modifiquen al estado en sí mismo haciéndolo mas pluralista y democrático. Es necesario entender que en el contexto de la globalización cultural y económica del mundo en que vivimos, las reivindicaciones que plantea el movimiento indígena en ningún caso pretenden debilitar al estado sino por el contrario tienden a fortalecerlo en términos que este asuma la diversidad cultural, siendo esta la única forma de profundizar el sistema democrático haciéndolo cada vez mas participativo y representativo y de evitar tensiones interétnicas en momentos en cada día los pueblos son más concientes de su etnicidad.

Del análisis de los procesos políticos de éstos pueblos en esos estados, se pueden aproximar algunas conclusiones, que pueden ser útiles para nuestro análisis. (1) No toda incorporación o cambio legal implica en sí mismo un “nuevo trato”. (2) El camino del cambio del cambio legal puede ser una de las estrategias, pero en ningún caso es útil, sin un movimiento social. (3) Más relevante que el hecho de los cambios legales, lo que ha generado estas transformaciones, son los cambios sociales, esto es, la conformación de un discurso autonómico (no sólo autonomista), que se transforme en fórmulas concretas. (4) El reconocimiento de una institucionalidad es uno de los aspectos fundamentales en cualquier fórmula de “nuevo trato”.

## IX. Derechos indígenas en la transición chilena

En la transición chilena desde una dictadura a un sistema democrático, la cuestión de la diversidad y el pluralismo jurídico, no ha sido en cambio, un elemento considerado como fundamental en las relaciones sociedad civil y Estado. Las transformaciones, en relación con los instrumentos jurídicos que regulan las relaciones interculturales han estado postergadas en este sentido y la legislación de 1993 sólo establece mecanismos vinculados a lo que se ha venido en llamar como *indigenismo*.

Hasta ahora, y pese a que corresponde a uno de los compromisos de Nueva Imperial en 1989, se han presentado tres propuestas de reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas y una propuesta de ratificación del Convenio 169 de la OIT, sin que ninguna de ellas haya prosperado hasta ahora.

La primera fue presentada al parlamento en 1991, que se retiró por el propio gobierno en 1997, desechándose definitivamente por la cámara de diputados en el 2000. Posteriormente, en 1999, el entonces diputado Francisco Huenchumilla presenta una propuesta que no ha avanzado en su discusión. Posteriormente, y a propósito de una reforma constitucional en distintos aspectos, en sesión celebrada el día 8 de enero de 2002<sup>49</sup>, la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia aprobó su informe sobre reformas constitucionales. En materia de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la Comisión aprobó el siguiente texto: "La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad". Ahora debe ser discutida en la sala del Senado.

Hasta ahora, la iniciativa para ratificar el Convenio 169 sólo ha logrado obtener aprobación en la Cámara (de diputados) y ha sorteado un requerimiento por inconstitucionalidad presentada por un grupo de parlamentarios de derecha al Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 82 N° 2 de la Constitución Política. Los parlamentarios que han solicitado la declaración de inconstitucionalidad total del Convenio porque atendida la naturaleza de sus normas, ha debido aprobarse como una Ley Orgánica Constitucional, conforme a los artículo 63 de la Constitución Política. Además solicitan la declaración de inconstitucionalidad del Convenio, por el reconocimiento que este a ese a los Pueblos Indígenas como sujetos de derecho público, que afectaría la soberanía nacional; el reconocimiento de las costumbres por afectar el principio de igualdad; y los derechos territoriales, que se opondrían al derecho de propiedad Si bien el Tribunal Constitucional rechazó en definitiva el requerimiento, en su sentencia consideró que el Convenio no crea ningún sujeto de derecho público que pueda reclamar derechos colectivos, y que sus normas no pueden ser interpretadas de tal manera que afecten los preceptos constitucionales (especialmente sobre el derecho de propiedad), que en definitiva el término Pueblo Indígena, no puede entenderse sino como “un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y

---

<sup>49</sup> con asistencia de sus miembros Senadores Sergio Díez Urzúa, Marcos Aburto Ochoa, Andrés Chadwick Piñera, Juan Hamilton Depassier y Enrique Silva Cimma.

tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”.

Uno de los argumentos más poderosos que se han presentado en la discusión nacional frente al tema de las reformas legales que incorporen los derechos de los indígenas, dice relación con la afectación del sentido unitario de la nación, ya que la fórmula del reconocimiento de la calidad de sujeto de pueblo atentaría contra las bases de nuestra institucionalidad. Que la Constitución, por el contrario, dispone (artículo 3°) que el Estado de Chile es unitario, y que por lo mismo debe entenderse el término pueblo en el sentido de distintos grupos que forman parte del Estado, pero no como naciones<sup>50</sup>. La constitución chilena, heredera de las ideas ilustradas dispone que el titular de la soberanía es “la nación”, lo cual supone que existe una sola nación en la cual reside el poder supremo que se delega en las autoridades constitucionales, proscribiendo la posibilidad que otras personas, o grupos de ellas, se arroguen autoridad o derechos que no les corresponden. Que además estos conceptos (pueblo indígena, territorio indígena, cultura indígena), pueden “iniciar la división interna que concluya en la creación de un Estado indígena instalado en nuestro territorio”. Lo que ya había significado la eliminación del término del proyecto de ley indígena chilena del año 93’, cambiándolo por el de *etnias*.

Se niegan por lo mismo la posibilidad de que existan derechos de carácter colectivo, lo cual constituiría una de las declaraciones que el Gobierno chileno formularía al Convenio en su oportunidad, según lo anunciado por el Ministerio del interior en 1999<sup>51</sup> ( “... Los habilitados para ejercer los mencionados derechos dentro del marco de lo expuesto son sólo los individuos de dichos pueblos y no éstos”). Más explícito ha sido el diputado Alessandri (de oposición) al señalar que “al hablar de pueblos indígenas, no estamos creando un nuevo sujeto de derecho público, ni deseamos que esta denominación sea la suma de los derechos y atribuciones que son propios de los individuos”<sup>52</sup>.

Asimismo se han utilizado los argumentos que relacionan al principio de igualdad con una concepción clásica, propia del pensamiento ilustrado, y que dio lugar a las políticas de asimilación del siglo XIX. Es decir, que el reconocimiento de derechos distintos para colectivos distintos, no es sino discriminación. O bien, tomando como discurso representativo, uno más radical y fundamentalista, bastante poco frecuente entre los mapuche. En este sentido el diputado Ibáñez dice: “debemos rechazar sin vacilaciones la táctica de que trata de construir para ellos un verdadero apartheid: grupos étnicos que deberán encerrarse en guetos...que están obligados a congelarse en hábitos y costumbres que, de verdad, han sido resucitados para las cámaras de televisión extranjeras”<sup>53</sup>.

También se han utilizado otros argumentos como la negación a la existencia de los indígenas, que no sería más que un remanente de un proceso de mestizaje que aún no alcanza a su término.

A estas alturas es posible concluir que la discusión sobre los derechos indígenas en Chile, se desarrolla a contrapelo del contexto latinoamericano. Esto significa que probablemente la reflexión que se pueda hacer del pluralismo jurídico en meso América y los países andinos no parecen tener sentido en Chile. Mientras en otros países se discute sobre el tenor de las leyes de coordinación y su jurisprudencia, aquí la discusión se encuentra entrampada en un asunto que fue ya debatido durante la década del ‘80.

---

<sup>50</sup> Argumento sostenido por el presidente de la República en su contestación del requerimiento interpuesto por algunos parlamentarios en contra del Convenio por ser inconstitucional, causa Rol N° 309.

<sup>50</sup> Informe evacuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Comisión de Relaciones Exteriores, asuntos interplanetarios e integración latinoamericana, donde da cuenta de las declaraciones que se formularán por el gobierno al Convenio.

<sup>51</sup> Informe evacuado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Comisión de Relaciones Exteriores, asuntos interplanetarios e integración latinoamericana, donde da cuenta de las declaraciones que se formularán por el gobierno al Convenio

<sup>52</sup> Acta de la Sesión de la cámara de diputados de martes 17 de Octubre de 2000, p. 43.

<sup>53</sup> Acta de la Sesión de la cámara de diputados de martes 17 de Octubre de 2000, p. 47

Parte de esa explicación puede encontrarse en la fórmula de transición chilena. El sistema institucional jurídico y económico vigente aún, corresponde al diseño de la dictadura militar (ARAYA, et. al. 2001: 149). Es la imagen de una democracia que sus propios autores han denominado “protegida”, que desconfía de la sociedad civil. Esto se traduce en instituciones como senadores designados, que, teniendo derecho a voto, no han sido elegidos en votación democrática; en un Tribunal Constitucional, que revisa la constitucionalidad de los proyectos de ley (no de las leyes o de las decisiones de los tribunales), por lo que se transforma en un supra legislador; etc.

Por otra parte, el conflicto interétnico parece estar marcado por una progresiva y tardía evolución en la demanda indígena durante los 90' (Aylwin, 2000: 10). En efecto, las organizaciones indígenas en Chile, han caminado en forma un poco difusa desde los 70' hasta fines de los 90' desde una demanda más asistencialista a una más política. Desde la década, la demanda mapuche se confundió con la demanda campesina y -por ende- de clase; lo que reclamaban las organizaciones mapuches y campesinas era la redistribución de las tierras y la entrega de parcelas para su economía de autoconsumo, y la protección de sus tierras. La primera de esas demandas se buscó satisfacer a través de la reforma agraria, la protección de las tierras constituía una vieja aspiración del movimiento (desde la década del '20). Esta demanda por tierra (protección y ampliación) es una que debe ser lograda por el Estado, una demanda en suma paternalista. Durante la dictadura militar, la emergencia colocó al movimiento indígena en la disidencia que postulaba el término de el gobierno militar, postergando sus propias demandas. Luego de este lapso de casi dos décadas, las demandas mapuches –con otros contenidos- poseían los mismos fundamentos políticos. En el resto de América Latina, el movimiento indígena, desde fines de los 70' comenzó a esgrimir un discurso diferente: el reclamo de sus derechos políticos, fundamentalmente el derecho de libre determinación y un derecho al territorio, al espacio que ocupan y sus recursos naturales; más que el derecho de propiedad sobre una finca o parcela, la jurisdicción sobre un territorio.

En el 1990, el Centro de Estudios y Documentación Mapuche LIWEN, describe –por primera vez- una propuesta de autonomía territorial política del pueblo mapuche, a contrapelo del movimiento indígena que en ese momento firmaba un acuerdo político con el gobierno que cristalizaría en la ley indígena actual. Esta propuesta política, plantea un reconocimiento constitucional que contenga una transformación política, y que no se limite “a una reivindicación de autonomía cultural” (Marimán, Liwen, 1990: 28). La propuesta consiste en un Estatuto de Autonomía Regional, ya que si bien, “el problema mapuche es nacional, puesto que se da en el marco del Estado-nación chileno, su solución sólo puede darse en un marco regional” (Marimán, et. al., op. cit.: 27). Esta autonomía tendría vigencia en la actual Novena región, “más algunas zonas adyacentes”. Un proyecto de autonomía como este, tendría además un carácter pluriétnico, ya que no está dirigido “contra la población chilena de la región” (MARIMÁN, et. al., op. cit.: 29).

A fines de los '90, el movimiento mapuche ya emplea estos conceptos para describir su demanda. Alfonso Reiman, por ejemplo, explica que para él, “autonomía significa que uno tiene que decidir las cosas, diseñar un proyecto de vida como mapuche. Si asumo estos conceptos, asumo que mi pueblo tiene derecho a darse su propia organización y a elaborar su propio proyecto de pueblo.” (Cedm Liwen, 1999:116). Todo ello enmarcado en el reclamo por su derecho a la autodeterminación, que “constituye una condición determinante para el ejercicio efectivo de los derechos, reconocido en el proceso constitucional y define la base institucional para la nueva relación con el Estado chileno” (Consejo de Todas las Tierras, 1999: 144).

Pero el discurso o programa mapuche aún es inconsistente; ya que no existe aun proyecto como pueblo o nación, no existe una definición clara del territorio reivindicado, no hay claridad sobre la forma de establecer una relación más simétrica con el estado nacional chileno, etc. En general, muchos dirigentes plantean aún como demandas a reivindicar la tierra (que es el paradigma de la reivindicación asistencial de los 60') y reconocimiento constitucional y/o Convenio 169. Cada vez que el gobierno plantea una diálogo, los mapuches ponen en primer lugar estas demandas. Respecto de la segunda ellas, si bien me referiré a este punto más adelante, constituye un discurso muy pobre, considerando que

es el reclamo de hace diez años atrás. Por otra parte, la experiencia de otros pueblos debiera dar cuenta de los candados y las dificultades que plantean estas normas jurídicas.

Por tanto, si una respuesta a las fracasadas modificaciones del ordenamiento jurídico chileno, se encuentra en la intransigente clase dirigencial chilena, otra parte de la responsabilidad debe asumirla el movimiento.

Por último, es posible establecer una tercera razón que ha sido fundamental en el desconocimiento de los derechos colectivos. La economía chilena ha avanzado decididamente en los últimos 20 años hacia un modelo de exportación, e inspirado en las bases del neo liberalismo, constituyéndose en un verdadero paradigma continental. Los derechos, que los indígenas pudieran ostentar sobre el territorio, que impliquen la afectación del derecho de propiedad, no sólo sobre la tierra, sino sobre los recursos naturales como el agua o los minerales<sup>54</sup>, o sobre el conocimiento tradicional, puede amenazar la vigencia ortodoxa del modelo económico (Castro, 1998), como los intereses de los grupos económicos más importantes del país.

Tanto los grandes grupos empresarios, como el gobierno han estado de acuerdo en ello. Las políticas de los gobiernos post dictadura, principalmente desde el 1994, se han caracterizado por una contradicción entre la relevante inversión para planes y programas que benefician a los indígenas (especialmente para la adquisición de tierras), así como un discurso a favor de apoyo a sus derechos, y el respaldo a megaproyectos sobre tierras indígenas (Araya, op.cit., et. al.: 147; Aylwin, op. cit.: 5). La Sociedad Nacional de Agricultura (Asociación gremial que representa a empresarios agrícolas) ha opinado que "las reformas constitucionales dan reconocimiento de *pueblo* a las diversas razas indígenas que habitan el país y otorgan a éstos un status especial....; todo ello resulta contrario a la estructura de nuestra Carta Fundamental, a la esencia de sus definiciones como de Chile como Estado Unitario y República Democrática"<sup>55</sup>.

## X. Participación mapuche

A la luz de la experiencia latinoamericana, el movimiento (los intelectuales mapuche) deben comenzar a cuestionarse la forma en que se haría concreto este reconocimiento. Esto es, lo que se ha denominado las leyes de coordinación. En este sentido, alguna de estas experiencias habrá mayor posibilidad de realizarlas en un espacio geográfico determinado, más que modificar la legislación a nivel nacional. consolidar un discurso e identidad nacional de los mapuche. Y en esto, es poco lo que debe hacer el Estado, ya que la responsabilidad recae en el propio pueblo. Para ello se requiere desarrollar algunos aspectos que representan los símbolos que fortalecen la conciencia nacional: el prestigio de la cultura mapuche, la consolidación del idioma y de grafemario, fortalecimiento económico y político, símbolos patrios (bandera, himno), definir un espacio territorial.

Se puede decir entonces que existen dos escenarios donde el movimiento mapuche debe encaminar su lucha. Por una parte los intelectuales deben desarrollar las propuestas que tienen que ver con su proyecto político, que le otorga sentido y contenido al discurso político. Por otro, una estrategia más político (aunque la otra también lo es).

En el presente capítulo nos esforzamos por describir una estrategia de participación, y más que ello, de *empoderamiento*; que se elabora a partir del concepto de lo local, con ello no proponemos renunciar a las expectativas de un reconocimiento constitucional o la aprobación del convenio 169 de la OIT, en las cuales se encuentra fundamentada.

<sup>54</sup> En Chile, y desde los 80' existe un régimen de aguas y de recursos mineros que, pese a consagrar la propiedad "eminente" de los yacimientos, y de las aguas, permite en la práctica la apropiación de ellos por particulares.

<sup>55</sup> Intervención de la Sociedad nacional de Agricultura en relación al Convenio 169, en el marco del Grupo de Trabajo para Pueblos Indígenas convocado por el Presidente de la República, en "Informe Final", Ministerio de Planificación, Mayo de 2000.

La construcción de esta propuesta tiene como eje articulador la participación en un contexto local, dirigida al logro de lo que llamamos el “control local”, entendido como un proceso paulatino de apropiamiento de los espacios locales de participación; eso es lo que a continuación pretendemos describir de manera más detallada. Pero este camino, pensamos, es indisoluble con el otro de reconstrucción de “lo político” (y de lo cultural) en la sociedad mapuche; de otra forma, se pierde la identidad que singulariza a la sociedad mapuche, pasando a ser un movimiento social en una sociedad donde no se perciben diferencias. En esta forma, el sentido de la participación local puede tomar un camino diferente, impensable tal vez.

## **1. La participación y el control local**

Mediante la conjugación de los conceptos de participación y control local parece perfectamente posible la enunciación de una propuesta que incorpore espacios de autogestión. Este proceso debe ir encaminado a generar espacios crecientes de apropiamiento y autogestión por parte de los actores locales indígenas, que permitan controlar e influir los distintos fenómenos que se desarrollan en el espacio territorial, teniendo como referente final la concreción de la autonomía política.

Creemos que este proceso debe elaborarse sobre la base de los conceptos de Participación y el elemento “Local” ellos actuarán como el sustrato teórico de nuestra propuesta. Con todo, las transformaciones legales, que reconozcan efectiva y no solo retóricamente la diversidad cultural y el carácter de sujetos de derecho de los pueblos indígenas, constituyen también un condición necesaria en este proceso.

### **1.1. La participación social y política**

La noción de participación se vincula a la idea de tomar parte en algo, se relaciona a una acción colectiva, la pretensión de un actor individual de convertirse en parte de un proceso social que le concierne como un todo colectivo (Palma, 1990). En ella va envuelta la idea de democracia como régimen político que basa su legitimidad en la soberanía popular.

Para que exista estabilidad y legitimidad de un régimen democrático es necesario un adecuado equilibrio entre los distintos entes colectivos que interactúan en las sociedades contemporáneas: el Estado; la Sociedad Civil y el Mercado, ello se conoce como mantención de los equilibrios macrosociales. En consecuencia no existe democracia cuando la sociedad se “mercantiliza” aplicando lógicas de consumo a los fenómenos sociales y transformando al individuo en consumidor antes que ciudadano, tampoco habrá democracia cuando el Estado invade coercitivamente el Mercado y la Sociedad Civil o cuando solo dialogan Estado y Mercado sin intervención o con una intervención muy débil de la Sociedad Civil. La legitimidad de un sistema democrático pasa necesariamente por un adecuado equilibrio entre estos tres entes; lo que a su vez requiere del fortalecimiento de la sociedad civil, entendida como el conjunto de relaciones sociales no reguladas por el Estado, una sociedad civil fuerte y organizada capaz de ser un efectivo contrapeso tanto al Estado como al Mercado en función de garantizar el respeto de los derechos de las mayorías. De ahí que el perfeccionamiento de los mecanismos de representación política y participación ciudadana supone una visión adecuada del papel que juegan los ciudadanos y la sociedad civil en el orden democrático. La participación ciudadana en un régimen democrático no puede basarse exclusivamente en las instancias formales de participación política, esto es los procesos electorales, la “macro participación” cuya legitimidad es más que discutible si consideramos la obligatoriedad del sufragio que unido a la cifra negra de no inscritos en los registros

electorales<sup>56</sup> y de la mediatización de la actividad política generan un sombrío panorama de un sistema democrático fundado en una participación formal.

Es necesario percibir la complejidad de la tarea democrática en toda su dimensión, asumiendo el desafío de comprender que esta democracia política debe ser complementada con una democracia social en un sentido de contraloría ciudadana, que debe nacer de la propia sociedad civil "... solo el sentido de comunidad y solidaridad presente en el tejido social y en la participación, ese espacio cívico en el cual se ejercen la discusión, la tolerancia, la convivencia y la educación cívica posibilitan ... la revitalización de la propia sociedad democrática desde sus cimientos" (Parker, 1998). Cuando escuchamos las demandas por una profundización de la democracia, en el fondo lo que se está pidiendo son mayores espacios de protagonismo ciudadano y en consecuencia mayores instancias de participación. Una sociedad que basa la legitimidad del sistema democrático solamente en la participación político-formal, sin una genuina participación social, corre el grave riesgo de transformarse en una sociedad de consumidores o de caer presa de discursos totalizadores, de ambas experiencias América Latina, y Chile en particular, tienen sobrado conocimiento.

En el caso de los mapuches este proceso debe ir acompañado de un proceso de formación de su ciudadanía específica, donde los mapuches tengan claridad acerca de su identidad cultural.

## 1.2. Elemento local

Es imposible definir lo "local" sin abordar su noción correlativa, lo "global". Cuando algo se define como local es por que pertenece a un global, nunca se puede analizar un proceso de desarrollo local sin referirlo a la sociedad global en que esta inserto. En la dimensión local se encuentran aspectos que le son específicos y que no son el simple efecto de la reproducción de las determinaciones globales. La distinción entre las dos nociones supone también reconocer que el análisis de lo local no es todo el análisis de la realidad. Lo local no es más realidad que lo global; mas aún: lo global no es la simple adición locales... "sino una dimensión específica de lo social" (Arocena 2001).

Frecuentemente lo local aparece como un factor de disgregación del Estado, el elemento local como expresión de particularismos se opondría al Estado como expresión de la voluntad general. En un enfoque como el señalado no hay cabida para la dimensión local, en efecto el Estado refleja únicamente los intereses generales de la nación, sin embargo lo local y lo global son dos dimensiones de lo Social. Debiendo ambas reflejarse en el Estado, el que debe abrir sus estructuras a la complejidad de las diferencias, un Estado fuerte no es sinónimo de centralizado ante una realidad social diferenciada, la respuesta pertinente es aceptar el desafío de elaborar un conjunto institucional más allá de elementos centralistas.

No toda subdivisión de un espacio territorial constituye una Sociedad Local. Puede haber fragmentaciones físicas que no correspondan a sociedades locales para que este término pueda aplicarse a una realidad local se debe dar un cierto número de condiciones: una división territorial es una sociedad local "... cuando es portadora de una cultura propia expresada en valores y normas interiorizadas por sus miembros, y cuando conforma un sistema de relaciones de poder constituido en torno a procesos locales de generación de riquezas".(Arocena op. cit.). Una verdadera participación local, implica un definición conjunta de los espacios territoriales.

El desarrollo de las sociedades locales supone la existencia de actores locales capaces de iniciativa, es decir, agentes que en el campo político económico, social y cultural sean capaces de capitalizar mejor las potencialidades locales, para ello el actor debe formar parte de la sociedad local y reconocerse en su

---

<sup>56</sup> De acuerdo a datos proporcionados por el Instituto Nacional de la Juventud (INJUV) ascendería a 1.400.000 jóvenes no inscritos en los registros electorales. Estos datos son de público conocimiento y fueron revelados por el Programa Televisivo "En Debate" transmitido por TVN.

historia y en su sistema de normas y valores. Hablar de desarrollo local no es hablar de desarrollo a escala local sino de un proceso distinto propio de un espacio determinado y de un grupo humano preciso.

## **2.1. El control local**

El concepto de “control local”, configura el elemento central de nuestra propuesta estratégica; a la vez que constituye una síntesis de la interacción entre la noción de participación y el elemento local. En este sentido, la participación de los actores locales. Cuando hablamos de actores locales nos referimos, por una parte, a las comunidades indígenas y por otro lado, a las demás organizaciones indígenas existentes, esto es, las asociaciones; organizaciones comunitarias u otras de carácter indígena. Sin embargo, la reconstrucción de las autoridades propias y su reconocimiento legal, debiera permitir a los mapuches un control “mapuche” del lo local. Asimismo, el espacio local puede redefinirse, desde la comunidad, o desde el Área de Desarrollo Indígena, al lof, o al ayjarewe

El proceso de apropiamiento se desarrolla mediante la intervención de dichos actores en las dinámicas locales y por último esta intervención se conseguirá mediante la ocupación y exploración de las instancias de participación contempladas por el ordenamiento, logrando así espacios de autogestión indígena. Entonces el “Control Local” debe ser entendido como un proceso gradual de apropiamiento del espacio territorial, a través de la ocupación y localización de instancias de participación con el objeto de controlar, mediante la intervención de los actores locales.

El rol que juega la participación en el ámbito municipal en esta estrategia es significativo, al constituir la entidad encargada de satisfacer las necesidades la comunidad local y siendo la instancia de administración más cercana la sociedad local. El grado de control que se logre dependerá del aumento de los espacios de participación democráticos en la vida local, y de elaboración de propuestas encaminados a abrir mayores puntos de protagonismo ciudadano.

## **3. Descripción propuesta de acción**

### **3.1. Descripción general**

Una vez descrito el sustrato teórico de la propuesta corresponde ahora definir su materialización, es decir, como estos conceptos abstractos pasan a transformarse en acciones concretas dirigidas al logro del control local. Básicamente nuestra estrategia se funda en los siguientes aspectos:

En primer lugar, es necesario dejar en claro que el punto de partida para el logro de cualquier propuesta que plantee un proceso apropiamiento de espacios de gestión, es la existencia de una organización indígena fuerte que sea competente para conducirlo y sostenerlo, con capacidad para definir el orden y prioridad de las acciones a seguir y con habilidad política para negociar con una autoridad pública siempre renuente a la apertura de nuevos espacios de participación. La razón de ello radica en la necesidad de una organización representativa de los indígenas que dirija y coordine el proceso de apropiamiento. Una dirigencia débil, poco preparada, sin ideas claras, incapaz de tomar decisiones y sostener ordenadamente un proceso de desarrollo, hará ilusoria cualquier propuesta de autogestión o control territorial. No solo se necesita que el Estado reforme la ley y la constitución otorgando, sin mas, mayores espacios de participación sino que se requiere una comunidad local organizada que plantee sus reivindicaciones con claridad siendo capaz de sostenerla en el tiempo con criterios perdurables, cobran aquí importancia las palabras que Myrna Cunningham dijera a Díaz Polanco “...actualmente no existen los actores con la capacidad sacar la autonomía adelante ...el gran reto es romper con la mentalidad alienada ... y entender que la autonomía la vamos a hacer nosotros aquí...” (Díaz Polanco, 2000)

En definitiva, lo que sostenemos, es que la organización indígena encargada de dirigir el proceso, independientemente del carácter que tenga (asociación indígena, asociación comunal, centro comunitario

u organización tradicional) debe contar con un alto grado de legitimidad y respaldo por parte comunidades y organizaciones indígenas, integrando de una manera lo más representativa posible los intereses e inquietudes de los actores locales.

En este sentido, la autoridad mapuche debe contar con dos elementos, legitimidad social y poder político. Debe ser lo más representativa posible, pero también debe ser una autoridad que en la práctica tenga un control real sobre lo que ocurre. Así las cosas, la figura del logko no sería suficiente para cubrir la necesidad de institucionalidad. Pero probablemente, de reconocerse legalmente volvería a radicarse en él una serie de decisiones que interesan a lof. Por otra la generación de esta autoridad debe permitir que ella sea suficientemente representativa y que no se encuentre descoordinado del resto de la estructura política mapuche. Si la falta de una sola cabeza visible, impidió que los mapuches fueran derrotados por los españoles, como afirman algunos historiadores; la falta de esa autoridad o estructura política común, impide articular una identidad nacional o de pueblo mapuche.

Pero existen diversos espacios de participación en lo local, que no deben excluirse en un proceso paulatino de empoderamiento. Planteamos la generación, por parte de los actores locales indígenas, de procesos de control de espacios de participación, para lo cual el instrumento básico lo constituye la Ley Orgánica de Municipalidades N°18.695, dado que es en el nivel municipal donde los ciudadanos buscan las instancias de participación local. Los municipios son los órganos del Estado que tienen una vinculación más directa y cercana con la ciudadanía y por definición buscan asegurar la participación de los ciudadanos en la satisfacción de sus necesidades básicas. Junto a esta ley es posible recurrir a otros instrumentos legales, intentando concretar espacios de participación que entreguen a los actores locales niveles de ingerencia en los procesos que se desarrollan al interior de este espacio local, en este sentido apelaremos a la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente N° 19.300 en lo referente al sistema de evaluación de impacto ambiental, la Ley Indígena N° 19.253 en lo relativo la participación indígena, a la Ley General de Urbanismo y Construcciones en aquello se relaciona con la participación ciudadana en los planes reguladores comunales y la Ley de Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias Funcionales N° 19.418. por último tampoco el reglamento N° 1690 de la Subsecretaria de Pesca, referido a los fiscalizadores ad honorem de pesca. La debida vinculación de estos instrumentos legales permitirá abrir espacios de mayor influencia en la toma de decisiones en los espacios locales respectivos. En consideración a la importancia de este punto intentaremos explicarlo detalladamente en los apartados siguientes.

### 3.2. Análisis particular

El segundo aspecto de la propuesta se vincula a la definición de las herramientas legales con las que pretendemos fundar este proceso. Buscando alcanzar crecientes niveles de intervención en la toma de decisiones en el ámbito local, sea desde lo ambiental o en la gestión del área.

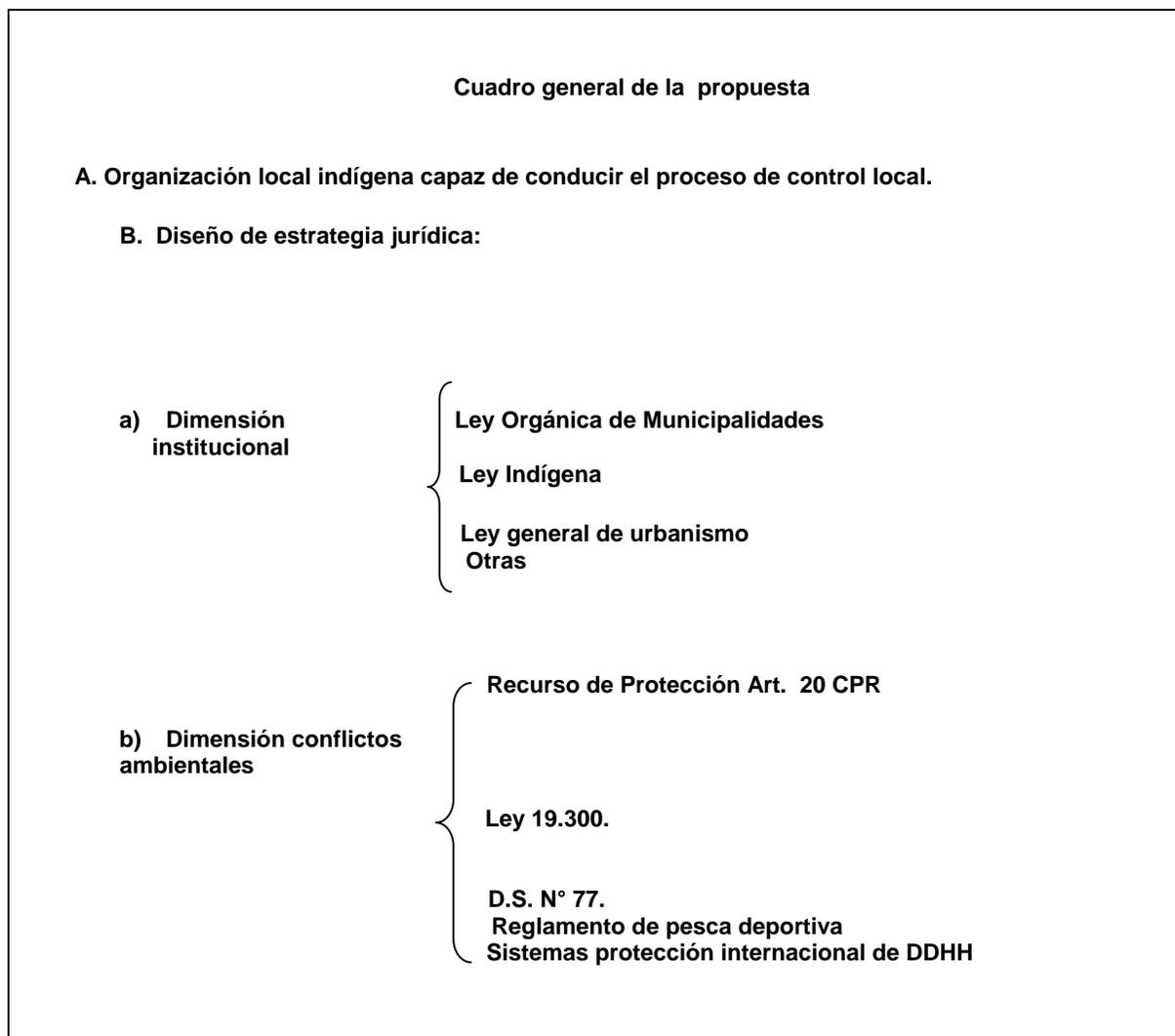
Para efectos de orden, creemos necesario desglosar el especto legal en dos temas que indiscutiblemente se encuentran relacionados, pero cuya sistematización será de gran utilidad para de dar claridad a la propuesta jurídica, ellos son:

- a) A través de la institucionalidad legal. En este lugar incluimos las acciones<sup>57</sup> dirigidas a lograr y buscar mayores espacios de participación en la toma de decisiones a nivel local que afecten directamente a los actores locales indígenas.
- b) Transformación de los conflictos en procesos de empoderamiento.

---

<sup>57</sup> Tener presente que no se esta utilizando en el sentido procesal del termino, sino en la idea de actuaciones y estrategias desarrolladas por los actores locales con un perfil ambiental.

Bajo esta nomenclatura se agrupan todas las acciones destinadas lograr un mayor grado de influencia en los procesos que se ejecutan en el territorio local (administración de los recursos naturales y actividades industriales) y que generan impacto en el medio ambiente.



### 3.3. Dimensión política en el municipio

Como dijimos esta, hacía referencia a la obtención de una mayor intervención en aquellas decisiones que incidan directa o indirectamente en la conducción del ámbito local. Para la articulación de la propuesta, desde la dimensión política, creemos posible relacionar la siguiente normativa:

- a) Ley Orgánica de Municipalidades, N°18.695.
- b) Ley Indígena, N° 19.253.
- c) Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Insistimos nuevamente que el marco básico o general, lo aporta el nivel municipal. Es por ello que nuestro análisis será abordado principalmente desde esa perspectiva.

La regulación municipal esta contenida en primer término a nivel constitucional en el artículo 107 y sigts. de la carta fundamental, y en la Ley Orgánica de Municipalidades N° 18.695, ambas normativas han sido objeto de sucesivas reformas en pos de fortalecer el proceso de descentralización del Estado, traspasando crecientes grados de atribuciones a estos órganos. La Ley Orgánica define a las municipalidades de la siguiente forma:

“La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una Municipalidad.

Las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas.”<sup>58</sup>

Entonces, una de las finalidades de las municipalidades es asegurar la participación de la comunidad local en el progreso económico social y cultural de la comuna, pues bien esta participación puede darse en dos niveles, por una parte la participación formal mediante la vía electoral con el objeto de elegir las autoridades comunales (alcalde y concejales) y por otra más activa e integral que se ejercita mediante la intervención de la directa de la comunidad en las responsabilidades de fiscalización y control ciudadano, que pueden ejercerse por plebiscitos comunales, participación en Juntas de Vecinos, en el CESCO etc. Este punto tiene una importancia fundamental, pues la participación es un elemento esencial para el logro del control local, desde que la intervención en los procesos locales, solo es posible mediante la intervención de los actores locales en el ámbito comunal; en armonía con esta idea nuestra propuesta incluye los siguientes aspectos:

### 3.3.1. Participación de las organizaciones indígenas en el Consejo Económico Social Comunal (CESCO)

El CESCO se encuentra reglado en los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica de Municipalidades, siendo el órgano encargado de canalizar la participación de la comunidad local organizada; su objeto es asegurar la participación de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de actividades relevantes en el progreso económico, social y cultural de la comuna<sup>59</sup> (Art. 94).

A pesar que son pocas las municipalidades que cuentan con este órgano. Su ejecución constituye un importante espacio de intervención en la toma de decisiones en el ámbito local ya que cuenta con facultades fiscalizadoras<sup>60</sup>, Permitiendo intervenir en las decisiones municipales, ya sea pronunciándose

<sup>58</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>59</sup> La integración de este órgano al igual que su organización, competencia y funcionamiento será determinados por cada municipio en un reglamento que el Alcalde someterá a aprobación del consejo municipal. Su duración será de 4 años en funciones y la presidencia corresponderá al Alcalde y en su ausencia, al vicepresidente que elija el propio CESCO de entre sus miembros.

<sup>60</sup> **Funciones del CESCO:**

- Pronunciarse respecto de la cuenta pública del Alcalde.
- Pronunciarse sobre la cobertura y eficiencia de los servicios municipales.
- El Alcalde debe informar al CESCO, acerca del presupuesto de inversión, del plan regulador y plan de desarrollo comunal.
- Fiscalizar el accionar del alcalde o de los funcionarios municipales, mediante el reclamo de ilegalidad contra las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad, en conformidad al Art. 140 y siguientes de la Ley.

**Requisitos para ser miembro del CESCO:**

- Afiliación a una organización comunitaria, por un periodo no inferior a un año.
- Ser Chileno o extranjero avecindado en el país
- Tener, a lo menos, 18 años de edad.
- No condenado a pena aflictiva, ni procesado por delito que merezca dicha pena.

sobre la cuenta del alcalde, sobre la aprobación de los planes de desarrollo comunal o reguladores o bien mediante la interposición del reclamo por ilegalidad de los actos del alcalde.

La participación de los actores locales indígenas debe necesariamente ser tomada en consideración, en virtud del mandato expreso del artículo 34 inciso 2 de la ley indígena el que expresa "... en aquellas comunas de alta densidad de población indígena estos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozcan a otros grupos intermedios"<sup>61</sup>.

Para la concreción de este espacio de participación indígena vía intervención en el CESCO; a nuestro juicio es necesaria la proposición al municipio (en aquellas comunas donde existiere) por parte de la organización indígena, de un reglamento donde se asegure una participación mayoritaria de las comunidades indígenas con relación a las otras organizaciones comunitarias, a la vez que entregue mayores competencias a dicho órgano mediante el traspaso de facultades como por ejemplo: colaborar en la fiscalización y cumplimiento de las disposiciones reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, como lo permite la Ley Orgánica de Municipalidades (Art.5 inc final).

### 3.3.2. Ordenanza de participación

Con el objeto de dar cabida a la intervención de la ciudadanía, la Ley Orgánica de Municipalidades establece la obligación de dictar una ordenanza de participación ciudadana (art. 94) en ella deberán considerarse las características propias de la comuna: configuración territorial, localización de los asentamientos humanos, configuración etarea de la población y cualquier otro elemento, que en opinión de la municipalidad requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna y que al municipio le interese relevar para efectos de su incorporación en la discusión y definición de las orientaciones que deben regir la administración comunal. Este elemento es central en esta propuesta dado que en aquellas comunas en que exista alta densidad de población indígena o bien que formen parte de un ADI el municipio está obligado a considerar esta circunstancia para definir las orientaciones de la administración comunal. En esta ordenanza se deberán fijar las audiencias públicas, por medio de las cuales el Alcalde y el Consejo conocerán las materias que estimen de interés comunal o los que no menos de 100 ciudadanos les planteen.

En las comunas con alta población mapuche (como es el caso Puerto Saavedra, Teodoro Schmidt y Padre las Casas entre otras) constituye un elemento que debe estar presente a la hora de definir las orientaciones y prioridades de la administración comunal. Creemos necesario, en estos casos, como una forma avanzar en el apropiamiento gradual de los procesos locales, la proposición de una ordenanza de participación que considere esta circunstancia y que canalice, junto a la participación ciudadana, la participación especial de las comunidades existentes y las demás organizaciones indígenas, es decir una ordenanza de participación que considere el elemento étnico-cultural que se encuentra presente y cuyo contenido se base en los principios de la pluriculturalidad y la democracia en el ámbito local, estableciendo las instancias de participación municipal, como por ejemplo reglamentado la participación en Juntas de Vecinos, de plebiscitos municipales, consulta a las comunidades indígenas en determinados temas etc.

### 3.3.3. La participación en la gestión municipal

La Ley se refiere a la gestión municipal en dos de sus artículos (6 y 7) y nos dice que ella contará con al lo menos 3 instrumentos: el plan de desarrollo comunal<sup>62</sup>, el plan regulador comunal<sup>63</sup> y el presupuesto municipal.

---

<sup>61</sup> Art. 34 Ley Indígenas N° 19.253.

<sup>62</sup> La ley 18695 en su artículo 7 define al plan regulador comunal de la siguiente forma: "Es un instrumento rector de la política de desarrollo Comunal. Contiene las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comuna, contemplara las acciones

La debida utilización por la comunidad local de estos instrumentos puede significar un importante espacio de participación comunitaria si se toma en cuenta que estos rigen el actuar del municipio. La participación indígena se logrará mediante la intervención en la aprobación y modificación del plan de desarrollo comunal que es el instrumento rector del desarrollo comunal la que podría estar sujeta a ratificación popular mediante el plebiscito comunal y a un proceso de consulta en la elaboración del proyecto con el objeto que este instrumento responda y asegure las verdaderas inquietudes y aspiraciones de la comunidad local. De la misma forma la intervención indígena en la toma de decisiones en el ámbito local se potencia mediante la ingerencia o participación en el proceso de aprobación del plan regulador comunal.

### 3.3.4. Los plebiscitos comunales<sup>64</sup>

Otro importante espacio de participación local, está constituido por los plebiscitos comunales, que se encuentran reglados en los artículos 99 y siguientes de la Ley Orgánica de Municipalidades, mediante este instrumento la sociedad local puede decidir sobre materias de administración local u otras que sean de interés para la comunidad local.

La organización local indígena perfectamente puede requerir a la municipalidad, que llame a plebiscito respecto de alguna materia de interés, por ejemplo ante la existencia de proyectos de inversión que pudieren significar alteraciones al medio ambiente o para decidir inversiones de desarrollo dentro del espacio comunal.

Los plebiscitos pueden convertirse en importantes mecanismos de intervención y control por parte de los actores locales siempre que constituyan mecanismos efectivos de canalización de las aspiraciones de la organización indígenas, aprovechando al máximo posible esta instancia de participación, recordemos que los resultados de estas consultas ciudadanas serán obligatorios en la medida que en ellas participe a lo menos el 50 % de los inscritos en el registro electorales comunales.

## 3.4. Dimensión de conflictos ambientales

Los conflictos sociales son, en general, “desavenencias o disputas colectivas entre actores sociales o políticos y se expresan en manifestaciones de mutuo rechazo u hostilidad, aunque no necesariamente violentos” (Minugua, 2001: 6). Por ello, lo importante para una sociedad no es eliminar los conflictos, que permiten fortalecer la democracia a través de la participación y la transformación social, sino permitir su manejo por mecanismos pacíficos, lo que implica un esfuerzo por institucionalizar la negociación y la

---

*orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y promover su avance social, económico y cultural. Su vigencia será de 4 años, que no necesariamente coincide con el periodo de las autoridades elegidas”.*

*La ejecución de este plan de desarrollo comunal debe someterse a evaluación periódica. En todo caso la elaboración y ejecución del plan deberá tener en cuenta la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o que ejerzan competencias en dicho ámbito.*

<sup>63</sup> *Este es un instrumento de planificación urbana comunal que se encuentra regulado en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en su ordenanza general, esta ley lo define como un conjunto de normas sobre adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos y de comunidad en relación funcional entre las zonas habitacionales de trabajo, equipamiento y esparcimiento.*

<sup>64</sup> *Los plebiscitos comunales están reglados en el párrafo 3 título IV artículos 99 a 104 de la ley orgánica de municipalidades. La ley expone que el alcalde, sea con acuerdo del consejo municipal, a requerimiento de los 2/3 del mismo, o por iniciativa de los ciudadanos inscritos en los registros electorales puede convocar a estos plebiscitos comunales, pero siempre y cuando se trate de materias de administración local relativas a inversiones específicas de desarrollo comunal, a la aprobación o modificación del Plan de desarrollo comunal o Plan regulador comunal u otras materias de interés para la comunidad local siempre y cuando sean propias de la esfera de competencia municipal.*

*Tratándose de los plebiscitos a iniciativa ciudadana, se requiere el patrocinio de a lo menos el 10% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales y sus resultados serán vinculantes siempre que vote mas del 50% de los inscritos en los registros electorales*

mediación como mecanismos útiles, la participación social y el desafío de erradicar las causas estructurales.

Concebir los conflictos como un aspecto positivo, a partir de lo cual podemos producir una transformación social, es un aspecto a tener presente en este proceso. Como encauzar un proceso de conflicto hacia algo positivo es algo complejo pero que trae aparejadas una serie de logros posibles. Es necesario insistir, nuevamente, que nuestra propuesta persigue objetivos globales y que la dimensión que hemos llamado política está interrelacionada con lo ambiental, pero para efectos de claridad en la exposición hemos juzgado pertinente desglosar ambos aspectos.

Una de las principales inquietudes de las organizaciones indígenas la constituye el manejo de los recursos naturales existentes. Por ello nuestra propuesta incluye el aspecto medioambiental buscando, mediante la misma fórmula de potenciar la participación indígena en el ámbito local, la concreción de espacios de intervención en el manejo de los recursos naturales, la intervención en la resolución de los problemas ambientales y la intervención de los actores indígenas en las acciones que pudieren producir alteración al medio ambiente. Para la construcción de esta propuesta ambiental, creemos se debe conjugar la siguiente normativa:

- a) Recurso de protección, Art. 20 de la CPR
- b) Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.
- c) Ley indígena N° 19.253
- d) Ley Orgánica de municipalidades
- e) Reglamento de la Subsecretaría de Pesca N° 1690.

Enunciadas las instancias en que puede existir intervención ciudadana en la protección medio ambiental. Corresponde precisar el contenido de nuestra propuesta en esta dimensión:

#### **3.4.1. Recurso de Protección, Art. 20 de la C.P.R**

El recurso de protección es un importante mecanismo cautelar de los derechos que la constitución de 1980 asegura a las personas, constituyendo un mecanismo rápido efectivo e informal para tutelar los derechos esenciales. Esta acción constitucional contenida en el artículo 20 de la CPR y que procede contra acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, puede convertirse en una importante herramienta de defensa, contra de las agresiones externas que puedan menoscabar los derechos protegidos por la Constitución; Mediante su interposición se busca restablecer el imperio del derecho y la protección del ofendido.

Es del caso señalar que como parte integrante de esta estrategia dirigida a influir en el manejo de los recursos naturales y de la preservación del patrimonio ambiental, importante herramienta puede constituir la utilización de este mecanismo cautelar. En este sentido, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación se encuentra amparado por dicho recurso el que procede en contra de acciones arbitrarias e ilegales (siendo el constituyente más exigente tratándose de la protección a este derecho, pues hace procedente el recurso solo cuando se trata de acciones ilegales y arbitrarias imputables a personas o autoridades determinadas) entonces, es perfectamente posible que, ante una acción del municipio o de particulares, se vea amenazado, afectado o vulnerado el derecho consagrado en el 19 N° 8 en cuyo caso los actores locales indígenas pueden interponer este recurso como una forma de restablecer el derecho, y a la vez de intervenir en la toma de decisiones a nivel local

Junto a lo anterior no podemos obviar que de acuerdo a la cosmovisión Mapuche la tierra y la naturaleza cumplen un rol vital, cada elemento tiene una función en la construcción y equilibrio del cosmos. En dicho escenario el hombre es un elemento más, cuya existencia está en vinculación directa con los otros elementos de dicho sistema, es por ello que ante cualquier alteración al medio ambiente no solo se afecta el derecho a vivir en un ambiente sin contaminación, sino también el derecho a la vida de las comunidades indígenas.

Recordemos que esta relación Tierra-Pueblos Indígenas es reconocida por el legislador en la ley indígena cuando señala que la tierra es para los indígenas "...el fundamento de su existencia y cultura"<sup>65</sup> agregando que es deber del Estado velar por el equilibrio ecológico de las tierras indígenas. Por ello, no es absurdo concluir, que cualquier agresión al medio ambiente redunde en los pueblos indígenas (no sólo como personas individuales) poniendo en peligro la subsistencia de la cultura misma de un pueblo, que se encuentra ligada estrechamente al medio donde vive. Es por ello que creemos procedente que la acción de protección se funde en la protección de la garantía del 19 N° 1 que asegura el derecho a la vida.

### 3.4.2. Participación en el sistema de evaluación de impacto ambiental; requerimiento ambiental<sup>66</sup> y denuncias ambientales<sup>67</sup>

La Ley de Bases del Medio Ambiente, número 19.300 incorpora como uno de sus principios inspiradores, el de la participación ciudadana que se evidencia en diversas disposiciones de ella, pero particularmente se recoge en la implementación del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA). La CONAMA ha definido este sistema como:

".. El conjunto de procedimientos que tiene por objeto identificar y evaluar los impactos ambientales que generará un determinado proyecto o actividad antes de que se ejecute, permitiendo diseñar medidas que reduzcan los efectos negativos y fortalezcan los positivos" (Forja, 2000:118)

Los instrumentos de evaluación de impacto ambiental son: el estudio de impacto ambiental<sup>68</sup> y declaración de impacto ambiental<sup>69</sup> la diferencia entre ambos instrumentos estriba en que el estudio de impacto necesita ser más detallado, ya que los efectos o consecuencias que se pueden causar al medio ambiente pueden ser más dañinos, que los que puede causar un proyecto que requiere solo una declaración.

La ley impone a la CONAMA o COREMA el deber de establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en los procesos de calificación de los estudios de impacto que se presenten. Otro componente de la participación es la información de la comunidad; en este sentido, se establece que quien presente el estudio de impacto debe publicar a su cargo en el diario oficial y en un diario o periódico de la capital regional o de circulación nacional un extracto del estudio presentado, este extracto debe ser visado por CONAMA o la COREMA según sea el caso. Por otro lado se establece que las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, por intermedio de sus representantes y las personas naturales claramente afectadas, podrán imponerse del contenido del estudio. Asimismo estas mismas personas pueden formular observaciones al estudio de impacto, observaciones que deben ser entendidas como: *los comentarios u opiniones positivas o negativas de*

<sup>65</sup> Art. 1, Ley Indígena, Número 19.253

<sup>66</sup> Por otra parte en el Art. 54 permite que cualquier persona requiera de la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen actividades que causen daño al medio ambiente para que esta en su representación deduzca la respectiva acción ambiental.

<sup>67</sup> Con relación a este punto el Art. 65 de la Ley Orgánica de Municipalidades faculta a estos órganos para recibir denuncias que formulen los ciudadanos por incumplimiento de normas ambientales.

<sup>68</sup> **Art. 2 letra i).** De la Ley 19.300 define al estudio de impacto como: el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos.

<sup>69</sup> **Art. 2 letra f).** De la Ley 19.300 define a la declaración de impacto ambiental de la siguiente manera ... "el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes"<sup>69</sup>

*una persona u organización que busca conocer o advertir acerca de los impactos favorables o adversos del proyecto sometido a aprobación.*<sup>70</sup> Para la presentación de dichas observaciones, se contempla un plazo de 60 días los que se cuentan desde la publicación del extracto. La CONAMA O COREMA deben ponderar estas observaciones en la resolución que pronuncia aprobando o rechazando el estudio. En el caso que estas observaciones no fueren debidamente consideradas en la resolución, es posible interponer un recurso de reclamación ante la autoridad superior a la dictó.

En el caso de las declaraciones de impacto ambiental, la autoridad debe publicar en el diario oficial un listado de los proyectos o actividades sujetas a declaraciones con el objeto de mantener informada a la ciudadanía; a pesar que la ley no considera expresamente la participación formal de la ciudadanía tratándose de la declaración de impacto ambiental, creemos que esta se encuentra amparada en el derecho de petición establecido en el Art. 19 N°14, en virtud del cual todas las personas tienen el derecho constitucional de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier punto de interés público o privado. En consecuencia las personas pueden emitir sus opiniones o realizar cuestionamientos respecto de la DIA, sin perjuicio de lo cual no existe la obligación de la autoridad de ponderar las observaciones (Forja, op. cit.).

En definitiva, nuestra propuesta requiere de una activa participación de las organizaciones indígenas en el sistema de evaluación de impacto ambiental, en aquellos proyectos o acciones que se ejecuten en el ámbito local y que sean susceptibles de producir impacto en el medio ambiente, esta participación debe ejercerse por medio de las observaciones en los estudios y en las declaraciones de impacto ambiental, ello que requiere de una organización activa e informada capaz de generar una verdadera discusión pública de los proyectos que se pretendan ejecutar en el área, que debe complementar con la obligación de informar rápidamente a la bases con el objeto de mantener una sola posición frente a las autoridades. Es decir se requiere que la organización indígena se encuentre en un estado de alerta permanente frente a posibles actividades lesivas en términos ambientales y que transformen a la municipalidad en el primer escudo o curso de acción en la protección del medio ambiente.

Además de la participación en el SEIA otra importante instancia de intervención debe constituir la denuncia ambiental y la acción ambiental, ambos mecanismos pueden ser utilizados como medios de intervención ambiental por la comunidad.

### **3.4.3. Fiscalizadores ad honorem de Pesca**

El reglamento de pesca deportiva N° 1690 del año 1990 de la Subsecretaría de Pesca, con objeto de velar por el cumplimiento de la normativa pesquera y la adecuada explotación de los recursos hidrobiológicos, permite que ciertas personas puedan actuar como fiscalizadores ad honorem de pesca.

La protección de los recursos acuáticos que se encuentran en el área de puede transformarse perfectamente en una responsabilidad compartida entre los organismos del Estado, en este caso SAG, SERNAPESCA y las organizaciones indígenas. Estas pueden hacer gestiones para capacitar a algunos de sus miembros como fiscalizadores ad honorem de pesca y de caza y así preparar planteamientos para hacer más efectiva la conservación de la fauna y demás recursos de la zona.

### **3.4.4. Ordenanza medio ambiental**

La Ley Orgánica de Municipalidades faculta al Alcalde, previo acuerdo del Consejo Municipal, para dictar ordenanzas municipales destinadas a colaborar con la preservación del medio ambiente y la conservación de la naturaleza dentro de los límites de la comuna. En los hechos varios municipios han dictado este tipo de normas, generalmente a proposición de la ciudadanía; como sucedió en la comuna de Cerro Navia en la Región Metropolitana o en la comuna de Villarrica en la Novena Región. Por ello

---

<sup>70</sup> *El subrayado es nuestro*

creemos posible que la organización indígena proponga a las autoridades municipales una ordenanza municipal donde se establezcan disposiciones dirigidas a la protección del medio ambiente, incorporando como principio la participación ciudadana en el manejo de los recursos naturales de la comuna, por ejemplo podría ser prohibiendo el corte de ciertas especies arbóreas etc.

### **3.4.5. Sistemas internacionales de protección**

Una estrategia adecuada consiste en internacionalizar el conflicto, a través de la presentación de denuncias ante, por ejemplo, la CIDH. Órgano internacional de la OEA, cuya función es hacer recomendaciones a los estados que hayan suscrito la Carta Americana de DDHH y llevar casos ante la Corte Interamericana, respecto de aquellos países que haya suscrito la Convención Americana.

Esta es una forma subsidiaria para hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, estas estrategias legales no pueden ser concebidas como estrategias finales, a través de las cuales se puede lograr un objetivo de control territorial, pero si es posible generar un conflicto que obligue al estado a ir tomando medidas cambien sus políticas públicas en el sentido deseado.

#### **Resumen de la Propuesta de Acción Dirigida al Control Local.**

##### **A. Organización Indígena fuerte capaz de dirigir este proceso autonomizador**

##### **B.- Estrategia Jurídica:**

###### **a. Plano político:**

- **Proposición de reglamento del CESCO donde se asegure la participación mayoritaria de la organización indígena y entregue mas facultades a dicho órgano.**
- **Proposición de ordenanza municipal de participación**
- **Participación en la gestión municipal mediante la aprobación o modificación de plan de desarrollo comunal e intervención en le plan regulador comunal**
- **Los plebiscitos comunales**

###### **b. Plano ambiental:**

- **Utilización del recurso de protección.**
- **Intervención en el SEIA.**
- **Fiscalizadores ad honorem de pesca.**
- **Ordenanza ambiental.**
- **Sistemas internacionales de protección de los DDHH**

## Conclusiones

La autonomía política dentro del Estado-nación constituye la más potente manifestación de reconocimiento y aceptación de diversidad étnica y cultural, el sustento jurídico de ello radica en el derecho humano (internacionalmente reconocido) de los pueblos indígenas de determinar su condición política y su desarrollo económico, social y cultural, lo que no conlleva necesariamente a la independencia y constitución de un Estado nacional propio. El reconocimiento al derecho a la autonomía significa el establecimiento de un nuevo trato entre el Estado nacional y los pueblos indígenas que excluya todo intento homogenizador y que se acuerde sobre la base de principios plurales y democráticos.

Para ello se hace necesario redefinir una serie de instituciones mapuches que permiten otorgar esa condición política. Pero esa burocracia no tendría ningún efecto si se hace sólo entre los indígenas. Un Nuevo Trato debe incluir proceso de transformación, el reconocimiento de las autoridades puede generar un proceso progresivo de empoderamiento de los mapuches en el nivel local, y también en el nivel global. Paralelamente, no se descarta la estrategia de participación en las instancias legales, en tanto el Estado constituye una realidad palpable. Mediante este tipo de participación, se puede ir consolidando un poder mapuche, cuyas estructuras se irán definiendo, reasignando contenido a ciertos aspectos que lo configuran: territorio, logko, lof, ad mapu, etc.

Ello exige de parte de los actores locales indígenas: una actitud proactiva y capacidad de convertirse en la contraparte de los órganos del Estado, siempre reuentes a ceder nuevos espacios de participación. En la implementación de este proceso los actores locales, deben hacer uso de todas las herramientas que entrega el ordenamiento con el objeto de intervenir en las dinámicas locales: recurso de protección, plebiscitos comunales etc.

La materialización de la autonomía, como producto final en este proceso, debe ir ineludiblemente acompañada de reformas constitucionales y legales que reconozcan efectivamente la diversidad cultural y el carácter de sujetos de derecho de los pueblos indígenas.