

**DERECHO
Y PUEBLO MAPUCHE**
Aportes para la discusión

DERECHO Y PUEBLO MAPUCHE
Aportes para la discusión

© Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales
© Todos los autores

Registro de propiedad intelectual: 226.875
ISBN: 978-956-314-206-8

Editora general:
Helena Olea Rodríguez

Editora de estilo:
Alessandra Burotto

Diseño e impresión:
Vérsion | producciones gráficas ltda.



Atribución-NoComercial-SinDerivadas CC BY-NC-ND

Esta licencia permite descargar los artículos, compartirlos con otros siempre y cuando reconozcan los créditos, pero no permite cambiarlos de forma alguna ni usarlos comercialmente.

Universidad Diego Portales
Avda. República 112
Teléfono: (56- 2) 26788 06
Santiago, Chile
Marzo, 2013

**DERECHO
Y PUEBLO MAPUCHE**
Aportes para la discusión

HELENA OLEA RODRÍGUEZ
Editora general



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

ÍNDICE

Presentación, Helena Olea Rodríguez	9
Síntesis	13
I. REFLEXIONES DESDE ÁREAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO	
Estado chileno y tierras mapuche: entre propiedades y territorialidad	21
<i>Rodrigo Míguez Núñez</i>	
Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas	51
<i>Juan Manuel Salgado</i>	
Derecho administrativo y Convenio 169. La procedimentalización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas	69
<i>Luis Cordero Vega</i>	
Conocimiento mapuche y derechos de propiedad intelectual	87
<i>Salvador Millaleo Hernández</i>	
El Convenio 169 desde el derecho del trabajo: la discriminación laboral	135
<i>José Luis Ugarte Cataldo</i>	
Mapuches y derecho penal	155
<i>Jaime Couso Salas</i>	
II. LA CONSULTA PREVIA	
La consulta previa en Chile: del dicho al hecho	217
<i>Cristián Sanhueza Cubillos</i>	
III. EL ROL DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA	
El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica	259
<i>Daniel Eduardo Bonilla Maldonado</i>	

PRESENTACIÓN

A través de esta publicación, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales pretende contribuir al debate en torno a las formas y condiciones necesarias para alcanzar el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas en Chile. Un aporte que aborda la complejidad y diversidad de la discusión proponiendo una reflexión sobre la relación entre áreas específicas del derecho en nuestro país y los pueblos originarios, especialmente el Mapuche.

Este esfuerzo hace parte del proyecto *Democracia, derechos humanos y construcción de una sociedad plural* que contó con el apoyo financiero de Fundación Ford y que fue desarrollado por dos unidades académicas de la Universidad Diego Portales: el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) y el Centro de Derechos Humanos. Los aportes del Centro se materializan en esta publicación y en el trabajo de litigio de la Clínica de Interés Público en materia de pueblos originarios. Tales contribuciones fueron previstas por el profesor Jorge Contesse cuando formaba parte del equipo del Centro de Derechos Humanos. Su ejecución posterior ha sido conducida por la profesora Judith Schönsteiner. Asimismo, el proyecto permitió desarrollar relaciones con otros departamentos de la universidad, así como con profesores de distintas casas de estudio enriqueciendo el intercambio, las colaboraciones y la gestión de nuevas alianzas.

El resultado que presentamos en estas páginas es fruto de un esfuerzo colectivo en el cual participaron ocho profesores y académicos invitados a compartir su visión sobre causas, consecuencias y desafíos que plantea el derecho en la cuestión indígena en nuestro país. Para nuestra satisfacción aceptaron gustosos el desafío, concretándose, de este modo, en una oportunidad para complejizar la reflexión académica, lo que se vio reforzado a medida que los borradores avanzaban y se materializaban las discusiones y seminarios. En el proceso, los autores buscaron responder a ciertas interrogantes fundamentales: ¿qué establecen las normas?; ¿qué obligaciones implica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para el Estado y los organismos públicos directamente relacionados?; ¿cómo se protegen y garantizan los derechos de los pueblos originarios?; ¿cómo avanzar hacia el reconocimiento constitucional?; y ¿cómo ejercer la obligación de consulta?

Presentamos este libro, conscientes de que no es resultado de un diálogo directo con el derecho mapuche; no obstante, deseamos sinceramente que allane el camino para ese diálogo pendiente. A lo largo del trabajo impulsado por el Centro de Derechos Humanos hemos constatado el frecuente reclamo que manifiestan miembros y autoridades de las comunidades de pueblos originarios por no ser consultados, como lo prevé el Convenio 169, sobre la solución aplicable desde el derecho indígena. En el futuro debiéramos poder avanzar hacia trabajos conjuntos.

Esperamos que esta publicación sea de utilidad para las personas que trabajan con y por los pueblos originarios, los abogados litigantes que en algún momento se han preguntado si tienen algún rol desde su ejercicio profesional, la comunidad jurídica en general y la academia, respecto de su rol en la reproducción de un derecho excluyente o, por el contrario, en la proyección de uno incluyente. Esperamos, asimismo, que sea bien recibido por las comunidades mapuche, entendiéndolo como un esfuerzo académico por realizar un aporte desde el derecho con propuestas para el desarrollo legislativo, de manera que el Estado avance hacia la implementación del Convenio 169.

En efecto, creemos que los artículos de Daniel Bonilla, Luis Cordero, Jaime Couso, Salvador Millaleo, Rodrigo Míguez, Juan Manuel Salgado, Cristián Sanhueza y José Luis Ugarte permitirán acercar el derecho a las realidades de vida del pueblo Mapuche. Son textos provocadores que incitan a un análisis profundo y que, sinceramente, esperamos contribuyan a empujar las agendas legal y jurídica, aspectos centrales en el avance hacia la construcción de una sociedad pluriétnica y pluricultural.

Todos los autores consideran las consecuencias de la aplicación del derecho internacional en Chile. La referencia al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes de la OIT está presente rigurosamente en los primeros siete artículos. Pero también lo están otros instrumentos jurídicos de derechos humanos, como los relacionados con la propiedad intelectual. Cada uno de los autores tuvo la oportunidad de reflexionar sobre los cambios de paradigma necesarios y sobre cómo reconstruir, revisar, aplicar o concebir el derecho en Chile con una perspectiva inclusiva de los pueblos indígenas.

El libro se divide en tres secciones. La primera, *Reflexiones desde áreas específicas del derecho*, se compone de seis artículos de profesores de la Universidad Diego Portales, de la Universidad de Chile, de la Universidad Alberto Hurtado y de la Universidad Nacional del Comahue, en Argentina. Rodrigo Míguez analiza la evolución de la imposición de nuestra concepción jurídica de la propiedad en el territorio mapuche. A partir del derecho procesal, Juan Manuel Salgado se pregunta cómo incluir al pueblo Mapuche en mecanismos y procesos participativos. Luis Cordero reflexiona desde el derecho administrativo y pretende explicar la evolución del derecho ambiental en el marco del Convenio 169. Por su parte, desde el derecho laboral, José

Luis Ugarte se pregunta por la protección de los derechos de los trabajadores mapuche; y Salvador Millaleo analiza los retos de la incorporación de Chile a los instrumentos internacionales de propiedad intelectual a partir de los derechos de los pueblos originarios. Por último, Jaime Couso presenta, desde el derecho penal, las dificultades de la dogmática y la práctica penal para aproximarse al conflicto entre el pueblo Mapuche y el Estado chileno.

La segunda sección, *La consulta previa*, se compone del artículo de Cristián Sanhueza, ayudante de la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, profundiza en la discusión en torno a la consulta previa analizando su desarrollo jurisprudencial en nuestro país.

Por último, en la tercera sección, *El rol de la educación jurídica*, Daniel Bonilla reflexiona en torno al rol de la educación jurídica en reproducir o transformar las comprensiones y visiones del derecho. Su texto aborda el prospecto de las clínicas jurídicas como un instrumento para cuestionar el formalismo jurídico presentando, entonces, una reflexión acerca del rol de las universidades en la reproducción de un sistema jurídico formal excluyente y sugiere que un elemento central para el cambio son las clínicas jurídicas de interés público. De esta forma, el libro concluye con una reflexión y propuesta en torno al papel de la academia jurídica en reproducir, cuestionar y cambiar el derecho.

Agradezco a la profesora Schönsteiner el haberme integrado esta a iniciativa, la cual ha sido una experiencia enriquecedora en mi propio proceso de conocimiento y comprensión del pueblo Mapuche, así como de intensa reflexión sobre el papel del derecho como elemento de transformación social. En este proceso conté con el apoyo de María Jesús Abdeladim, Alejandra Otero y Oscar Patricio Rojas, a quienes expreso mi gratitud por su cuidadoso trabajo; también quiero reconocer a Carmen Gloria Álvarez por su eficiente apoyo administrativo. La edición de estilo estuvo a cargo de Alessandra Burotto, a quien también quiero reconocer y agradecer por su paciente trabajo.

HELENA OLEA RODRÍGUEZ

Editora general

Santiago, marzo 2013

SÍNTESIS

I. REFLEXIONES DESDE ÁREAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO

Estado chileno y tierras mapuche: entre propiedades y territorialidad

Rodrigo Míguez Núñez

Los diversos estadios de la evolución jurídica chilena dan cuenta de la gestación de políticas de división de tierras y de titulación pro-indiviso buscando adecuar el sistema de tenencia territorial mapuche al esquema de la propiedad civil. Frente a ello, el pueblo Mapuche ha debido adaptar su concepción espacial a la terminología jurídica de la propiedad sostenida por el cuerpo de leyes republicanas, atesorando la noción de colectivismo posesivo conferido a partir de la concesión de los títulos de merced.

Las reclamaciones territoriales derivadas de la usurpación de tierras como parte de la ejecución de las políticas liberales del siglo XX han sido encausadas, durante gran parte de la historia republicana, según una doble óptica jurídico-occidental: por un lado, se trata de demandas relativas a la propiedad y, por el otro, limitadas al reconocimiento de los títulos pro-indiviso instituidos por el mismo Estado chileno. Sólo más recientemente, en respuesta a la intensificación de la política agraria neoliberal, se ha iniciado un real proceso de reconstrucción de la identidad colectiva mapuche, cuyo sostén se anida en la redefinición de la reclamación sobre las tierras ancestrales. Así, y a luz de los ulteriores aportes provenientes del derecho internacional, la demanda mapuche aborda hoy la noción de territorialidad y desde allí la reivindicación de un concepto jurídico más amplio que el de la simple base material de la propiedad, raíz del derecho occidental.

Este artículo reflexiona sobre los principales hitos jurídicos derivados de la implementación de la teoría de la propiedad en el espacio mapuche como premisa para comprender el cambio de eje en la discusión sobre la demanda de tierras. Se analizan los efectos del trasplante jurídico del individualismo posesivo en la zona, con la finalidad de aportar una lectura crítica sobre el rol del Estado de derecho en la ordenación del sistema agrario indígena y de revelar el nuevo contexto jurídico al servicio de la reclamación de tierras mapuche.

Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas

Juan Manuel Salgado

La incorporación de los Estados latinoamericanos al sistema de tratados internacionales de derechos humanos ha tenido el efecto de modificar el punto de partida teórico del orden jurídico. Su eje fundante ya no puede encontrarse en el Estado sino en los derechos de los habitantes, individuales o colectivos, que éste tiene la obligación de garantizar. No obstante, las normas de inferior jerarquía y las conductas de los operadores jurídicos suelen estar apegadas a un paradigma anterior a la vigencia del sistema de derechos humanos.

En este contexto, los pueblos indígenas y sus miembros se enfrentan a diario con prácticas judiciales que no resguardan el lugar y reconocimientos internacionales que señalan los tratados. Una ideología jurídica colonial formada durante siglos en la cual el Estado y la cultura de sus miembros constituyen una civilización superior que se mantiene incólume en las normas procesales, así como en el sinnúmero de decisiones cotidianas que expresan la cara del sistema frente a las víctimas de la colonización.

El artículo presenta las incoherencias que resultan de hacer prevalecer formas procesales, diseñadas para un contexto social de uniformidad cultural, desconociendo o violando los derechos de los pueblos indígenas. Las reflexiones teóricas contenidas en este artículo han sido fundadas básicamente en experiencias prácticas producidas en la Provincia del Neuquén, República Argentina, donde la formación de un Estado monocultural posterior a una guerra de conquista contra los mapuche a fines del siglo XIX, ha asentado un sistema de actuación jurisdiccional prácticamente impermeable a la realización efectiva de los derechos del pueblo vencido.

Derecho administrativo y Convenio 169. La procedimentalización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas

Luis Cordero Vega

La discusión parlamentaria en torno a la aprobación del Convenio 169 se centró en sus supuestos y en cómo podrían verse afectadas ciertas reglas constitucionales con su implementación, obviándose un abordaje acerca del desarrollo y situación de la política indígena y su impacto en los pueblos originarios. Por ello, una vez incorporado al derecho interno, el debate entre partidarios y detractores se centró en aplicar directamente o acotar las reglas que el convenio establece.

Desde el punto del derecho administrativo, tal discusión se planteó fundamentalmente en cuestiones asociadas a procedimientos, concretamente a su aplicación en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental,

lo que se explica por dos razones: por una parte, porque el SEIA es el único procedimiento integrado de observación y autorización de proyectos de inversión, de modo que inevitablemente en él convergen potestades e intereses diversos que lo hacen un proceso deliberativo y complejo; por otro lado, porque la reforma de la institucionalidad ambiental de 2009 agregó al artículo 4° un segundo inciso que mandató la aplicación del convenio a todos los instrumentos de gestión ambiental.

El artículo analiza la estrategia de implementación, la respuesta de la Corte Suprema considerando su evolución temporal, y las enseñanzas que deja para el derecho administrativo la progresiva procedimentalización en tema ambientales.

Conocimiento mapuche y derechos de propiedad intelectual

Salvador Millaleo Hernández

El sistema legal chileno tiene pendiente el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus sistemas de conocimiento, haciéndolos vulnerables a formas de apropiación ilegítima por parte de terceros, incluso con la complicidad o tolerancia del Estado.

Este artículo aborda cómo los sistemas simbólicos del conocimiento del pueblo Mapuche están siendo amenazados y vulnerados, en muchos sentidos, por el sistema jurídico de derechos de propiedad intelectual. Esto se explica tanto por la lejanía de los conceptos de dicho sistema respecto de las manifestaciones del conocimiento mapuche, como por la posición subordinada con que históricamente se ha tratado a este pueblo indígena que ha visto desmejoradas sus capacidades para ejercer sus derechos.

El derecho positivo existente hasta la fecha, incluyendo el Convenio 169, no proporciona soluciones a estas materias, con la salvedad del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este convenio ha fomentado un sistema de participación en los beneficios y consentimiento previo informado basado en acuerdos de condiciones mutuas. Junto a ese sistema, existen los registros o inventarios, así como otras opciones, incluyendo el reconocimiento de derechos colectivos sui generis.

El derecho internacional ha evolucionado en lo referente a conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y folklore, así como en el acceso a recursos genéticos, que está a punto de culminar, convergiendo en formas sui generis de protección mediante derechos colectivos y sensibles a las reglas del derecho consuetudinario indígena y al pluralismo jurídico complementándose con otros sistemas. Probablemente, y a consecuencia de los procesos de globalización jurídica, en Chile tarde o temprano se impondrá esta perspectiva.

El Convenio 169 desde el derecho del trabajo: la discriminación laboral

José Luis Ugarte Cataldo

El vínculo entre el Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo, y el derecho del trabajo se materializa en la prohibición de la discriminación, en los términos de su artículo 20. Dicho vínculo puede ser leído como una interpelación del derecho internacional que se concreta en la necesidad del desarrollo de una protección efectiva contra la discriminación laboral de los trabajadores indígenas. La interrogante que surge, entonces, es *¿cómo debe el derecho laboral afrontar la exigencia del Convenio 169?*

El convenio conlleva un cambio importante para el derecho del trabajo: trascender a una fase en la que se diseñen instituciones, acciones y recursos judiciales que ofrezcan una tutela efectiva a los trabajadores indígenas frente a la discriminación. En primer término, se requiere de un concepto amplio de discriminación laboral que incluya acciones del empleador por razones de raza o etnia y otros motivos conexos, tales como la apariencia física y la discriminación indirecta, como resultado de normas o prácticas que tuvieran un efecto discriminatorio. En segundo lugar, se hace necesario diseñar mecanismos jurídicos que permitan que los trabajadores indígenas reciban protección; y en tercer lugar, deben establecerse formas de reparación.

A partir de lo anterior, se propone construir un estándar para evaluar si el derecho del trabajo en Chile cumple con el Convenio 169 y la prohibición amplia de la discriminación contra los trabajadores indígenas. El autor concluye que el Estado chileno se encuentra a medio cambio pues, aunque se constatan avances relevantes en el establecimiento de mecanismos judiciales en materia de la carga de la prueba y en las reparaciones, también se observan deficiencias en la ausencia de protección en la etapa anterior a la contratación y en la inclusión de la discriminación laboral indirecta por razones de raza o etnia.

Mapuches y derecho penal

Jaime Couso Salas

El artículo analiza el déficit relativo de la dogmática y la práctica penal chilena para tratar con justicia determinadas manifestaciones de conflicto, en particular la violencia protagonizada por personas y grupos pertenecientes al pueblo Mapuche. El autor propone considerar la normatividad del derecho propio mapuche así como el contexto cultural e histórico en que tal violencia se produce. La pertinencia de esta consideración se enmarca en el progresivo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los pueblos originarios y que para Chile adquiere fuerza vinculante con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 2008. Este instrumento impone el desafío de revisar las diversas ramas de nuestro ordenamiento

jurídico, incluyendo al derecho penal, análisis que indica un déficit en las normas y prácticas penales y sugiere perspectivas significativas para superarlo.

El artículo se propone identificar ciertos aspectos del sustrato ideológico de nuestro derecho penal constituido por algunas definiciones de la dogmática penal que sirven de base para su reconstrucción y reproducción cotidiana tanto en la academia como en la práctica judicial. También se propone identificar ciertos aspectos que se encuentran en el sustrato ideológico de los principios y normas del derecho internacional aplicables en la materia y que podemos asociar con el enfoque del multiculturalismo liberal.

Concluye proponiendo celebrar un acuerdo político sustantivo que siga a un proceso de deliberación integrado por el pueblo Mapuche y que se traduzca en políticas de restitución, como condición previa para exigir lealtad con los procedimientos y normas democráticamente definidos por dicha política a través del Derecho Penal. Ante un acuerdo que reconozca las dimensiones políticas del conflicto por la restitución de tierras y la insuficiencia de la respuesta estatal frente a los despojos sufridos por este pueblo se tendría que reevaluar la respuesta del sistema penal.

II. LA CONSULTA PREVIA

La consulta previa en Chile: del dicho al hecho

Cristián Sanhueza Cubillos

El Estado chileno, en lo que va de vigencia del Convenio 169, no ha implementado correctamente los estándares internacionales del derecho a la consulta previa. La rigidez de la institucionalidad no permite el desarrollo de un proceso con estas características, lo que ha sido ampliamente denunciado por comunidades indígenas, principalmente el pueblo Mapuche, a través de sendos recursos de protección. La importancia de este derecho es analizado desde sus componentes sustantivos, los supuestos básicos y la recepción en el sistema doméstico, con el objetivo de evidenciar cómo es que el Estado incumple actualmente una obligación internacional.

El derecho a la consulta previa ha sido la institución jurídica con mayor discusión pública. Su vital importancia es entendida por la OIT como la piedra angular del convenio, pues en su pleno ejercicio descansan las demás disposiciones. Organismos estatales, pueblos originarios y mundo empresarial se han hecho cargo de sus consecuencias, prueba de ello son los reiterados conflictos jurídicos ventilados en los tribunales superiores de justicia. El artículo describe este proceso argumentando que la implementación de los estándares internacionales del derecho a la consulta previa en Chile no ha sido implementada adecuadamente.

III. EL ROL DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica

Daniel Eduardo Bonilla Maldonado

El autor presenta a las clínicas de derecho de interés público en Latinoamérica como un instrumento poderoso para cuestionar y debilitar el formalismo jurídico que ha dominado la cultura jurídica de la región. Estas clínicas son, además, una poderosa herramienta para socavar las bases de la educación jurídica y la práctica profesional formalistas. Las clínicas han abierto importantes espacios para cumplir con tres fines que explícitamente cuestionan la teoría y la práctica formalista que domina la imaginación política y jurídica. Por un lado, para las clínicas latinoamericanas resulta fundamental contribuir a la construcción de sociedades más libres, solidarias e igualitarias; por otro, pretenden que la educación experiencial se vuelva un componente importante de la educación jurídica en la región, pues la educación jurídica que se imparte en las clínicas latinoamericanas tiene como propósito que los estudiantes desarrollen o consoliden destrezas fundamentales para que se conviertan en profesionales competentes y socialmente responsables.

No obstante, las clínicas de derecho de interés público latinoamericanas no han podido cumplir su objetivo a cabalidad. Obstáculos políticos, económicos y académicos que se entrecruzan en la práctica y que surgen dentro y fuera de las facultades de derecho, han impedido lo han impedido. El autor presenta un análisis de estos obstáculos ofreciendo algunas estrategias para la efectiva creación y/o consolidación de las clínicas de derecho de interés público buscando contribuir a la comprensión y evaluación del concepto de derecho dominante en Latinoamérica y su relación con la educación jurídica clínica. De esta forma, el artículo pretende conectar estas discusiones teóricas con la educación jurídica práctica, un puente hasta ahora poco explorado. Finalmente, se ofrece una hoja de ruta básica para la creación o consolidación de proyectos de educación jurídica clínica en la región.

I

**REFLEXIONES
DESDE ÁREAS ESPECÍFICAS
DEL DERECHO**

**ESTADO CHILENO Y TIERRAS MAPUCHE:
ENTRE PROPIEDADES Y TERRITORIALIDAD**

Rodrigo Míguez Núñez

Investigador en derecho privado de la Universidad de Turín y profesor asociado de la International University College de Turín. Profesor de derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

El presente estudio ofrece una reflexión sobre los principales hitos jurídicos derivados de la implementación de la propiedad en el espacio mapuche, como premisa para comprender el cambio de eje en la discusión sobre la demanda de tierras. Se analizan los efectos del trasplante jurídico del individualismo y del colectivismo propietario en la zona, con la finalidad de aportar una lectura crítica sobre el rol del estado de derecho en la ordenación territorial indígena y de revelar el nuevo contexto jurídico al servicio de la reclamación de tierras mapuche.

1. LA CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD RAÍZ

Es sabido que al interior de la frontera fijada por el Tratado de Quilín de 1641, el pueblo Mapuche ejerció soberanía y potestad en sus tierras durante todo el período colonial. También se sabe que, una vez asentado el Estado chileno, el Parlamento de Tapihue reconoció, en 1825, autonomía territorial y potestad a sus autoridades tradicionales, como parte del trato recíproco que establecían las nuevas reglas republicanas.

Del reconocimiento mutuo que allí nacía se lee que desde el despoblado de Atacama hasta los últimos límites de la provincia de Chiloé, todos los que existieran entre ambas líneas serían tratados como chilenos, con goce igualitario de todas las prerrogativas que el nuevo Estado reconocía. Era la letra de los artículos 2 y 3 del parlamento aprobado con la venia del Cacique Francisco Mariluán en representación de catorce reducciones mapuche¹. Por primera vez, el consenso mapuche permitía implícitamente al Estado chileno implementar la política asimilacionista inaugurada por un bando de 1813 y perfeccionada por otro del 4 de marzo del año 1919.

1 Texto del tratado en PARLAMENTO Y TERRITORIO MAPUCHE, pág. 103 y ss, (Pablo Marimán Quemenedo ed., 2002). Véase además, JOSÉ BENGÓA, HISTORIA DE LOS ANTIGUOS MAPUCHES DEL SUR. SIGLOS XVI Y XVII, pág. 483 y ss. (2008). Para una interpretación de los relevantes alcances del tratado a la luz de los recientes desarrollos en el área del derecho internacional véase Bartolomé Clavero, *Reconocimiento Mapuche de Chile: tratado ante Constitución*, 13 *Derecho y Humanidades*, pág. 13-40 (2007).

Tales proclamas, cuerpo íntegro de las llamadas “leyes de ciudadanía”, contenían la política independentista de liberalizar al indio del sistema de protectorado colonial pues, en palabras del Director Supremo Bernardo O’Higgins, el sistema liberal que adoptaba Chile no podía permitir que esa porción preciosa de nuestra especie continuase en estado de abatimiento. En el nuevo estadio jurídico, los indígenas debían ser llamados ciudadanos chilenos y libres y, como los demás habitantes del Estado, gozarían de autonomía para votar, elegir artes, contratar y comerciar².

La letra del texto de Tapihue confirmaba todo lo anterior y más. La igualdad ante la ley, imponía de hecho, libertad para comprar y vender las tierras y con ello el asentamiento gradual de los chilenos en territorio mapuche. El tratado, en otras palabras, permitía la “infiltración de la frontera”³ y desde allí la introducción de una noción jurídica ignorada hasta entonces por la cultura indígena, nos referimos al concepto de propiedad, entendida sobre todo como individual⁴.

De esta forma, la modernidad jurídica patrocinada por el Estado republicano se traduciría en el asentamiento progresivo de la libertad individual mediante la imposición de una propiedad, no sólo limitada a las cosas, sino arraigada al interior del individuo y, por ende, fundida y confundida con su

2 Ver JOSÉ BENGEO, LA EMERGENCIA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA, pág. 177 (2007).

3 MARTÍN CORREA CABRERA, RAÚL MOLINA OTÁROLA, NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, LA REFORMA AGRARIA Y LAS TIERRAS MAPUCHES CHILE 1962–1975, pág. 19 (2005).

4 Estudios antropológicos e historiográficos señalan que el concepto de propiedad de la tierra no existía entre los mapuche. A inicios del novecientos, Tomás Guevara apuntaba que “solamente a fines del siglo XVIII nació entre los indios, sobre todo entre los caciques, la noción de propiedad individual, debido al interés de los compradores de terrenos, que consideraban como lo del jefe lo que pertenecía a la comunidad”. TOMÁS GUEVARA, COSTUMBRES JUDICIALES I ENSEÑANZA DE LOS ARAUCANOS, pág. 39 (1904). A ello se suma el relato de Francisco A. Subercaseaux, quien en sus *Memorias de la campaña de Villarrica* afirmaba que “Entre los araucanos el derecho de propiedad i su correspondiente división no existe. Los caciques poseen grandes fajas de terreno, habiéndose transmitido a ellos su dominio, por la tradición oral, lo que no impide que muchas veces el derecho del más fuerte impere sobre el que parece acatar la leyenda (...)”. FRANCISCO ANTONIO SUBERCASEAUX, MEMORIAS DE LA CAMPAÑA DE VILLARRICA (1882–1883), pág. 126 (1883). Hoy, el antropólogo Álvaro Bello afirma que “La evolución de la sociedad tribal mapuche, en los siglos XVIII y XIX, ayudó a desarrollar un conjunto de modos de apropiación, dominio y control territorial que, aunque ajenos a la noción de propiedad, permitieron que los caciques y jefes de linajes, en sus diferentes niveles jerárquicos, ejercieran autoridad sobre ellos”. ÁLVARO BELLO, NAMPÚLKAFE. EL VIAJE DE LOS MAPUCHES DE LA ARAUCANÍA A LAS PAMPAS ARGENTINAS. TERRITORIO, POLÍTICA Y CULTURA EN LOS SIGLOS XIX Y XX, pág. 172-173 (2011). Y por su parte, el historiador José Bengoa nos revela que el estado de transición al “señoralismo ganadero” en el que se encontraba la sociedad mapuche de comienzos del siglo XIX no permite hablar aún de un pleno desarrollo de la propiedad privada. JOSÉ BENGEO, HISTORIA DEL PUEBLO MAPUCHE: SIGLOS XIX Y XX, pág. 70 (2000). Ver también, José Aylwin, *Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena*, en ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE. EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA, pág. 336-337 (Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde eds., 1990).

libertad⁵. Así, el individualismo propietario lockeano proponía, ahora en Chile, al titular del dominio como el “sujeto virtuoso” sobre el cual debía levantarse la nueva institucionalidad construyendo, así, un ideario donde la ley se establecía como instrumento regulador de una sociedad conformada ya no por súbditos, sino por ciudadanos cuya aspiración económica era la constitución de la propiedad privada⁶. Dicha concepción, llamada a cimentar las bases económicas del nuevo Estado, abrazaba una doctrina individualista-liberal sostenida por la fisiocracia y por el creciente capitalismo agrario, a fin de instituir la propiedad raíz como motor del progreso y complemento de la identidad socioeconómica que precisaba la nación. De este modo, conforme avanzamos en el siglo XIX, se asiste también en Chile a la perfección de aquella relación, ya bien madura en Europa, directa y unitaria entre el hombre y las cosas, que conducirá en breve tiempo al establecimiento de la propiedad moderna; fórmula general y abstracta pensada a partir y en función del individuo, en consonancia con las ideas ilustradas apadrinadas por el Estado liberal⁷.

5 Son las expresiones empleadas por Paolo Grossi al introducir el individualismo propietario de la Europa decimonónica. PAOLO GROSSI, *L'EUROPA DEL DIRITTO*, pág. 113-115 (2007).

6 Así, PABLO MARIMÁN QUEMADO, *Los mapuche antes de la conquista militar chileno-argentina, en i...ESCUCHA, WINKA...!* CUATRO ENSAYOS DE HISTORIA NACIONAL MAPUCHE Y UN EPÍLOGO SOBRE EL FUTURO, pág. 81 (2006). Ver también, EDUARDO NOVOA MONREAL, *EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA* pág. 103 (1979). Desde la vertiente constitucional, la estabilidad del pacto entre poder político y riqueza agraria resulta fortalecido al disponerse la titularidad de propiedad territorial como requisito para acceder a la Cámara de Diputados, Senado y para la adquisición y ejercicio de derechos políticos fundamentales, como la ciudadanía y sufragio. Siguiendo a Carmagnani, las primeras constituciones dieron, a diferencia del modelo europeo y estadounidense, una interpretación restrictiva del derecho del sufragio universal permitiendo a la clase de los hacendados, junto con monopolizar el derecho al sufragio (en un ambiente donde la tasa de analfabetismo bordeaba del 80 al 90%), maniobrar a su propio interés las listas electorales, haciendo comparecer como alfabetos a sus mismos trabajadores. La suma de estos eventos condujo a la consagración de la oligarquía como única clase política y al Estado como un mero instrumento en sus manos. MARCELLO CARMAGNANI, *LE GRANDE ILLUSIONE DELLE OLIGARCHIE. STATO E SOCIETÀ IN AMERICA LATINA (1850-1930)*, págs 173, 177, 87-88 (1981). Para más antecedentes sobre pacto constitucional entre oligarquía y poder público consultar a RODRIGO MÍGUEZ NÚÑEZ, *Las oscilaciones de la propiedad colectiva en las constituciones andinas*, en 8 *GLOBAL JURIST*, num. 1, pág. 10-11, 2008.

7 Sobre tales características de la propiedad son clásicas las reflexiones de PAOLO GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en *IL DOMINIO E LE COSE. PERCEZIONI MEDIEVALI E MODERNE DEI DIRITTI REALI*, pág. 651 (1992). Ver también, FRANZ WIEACKER, *STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO I*, pág. 493-495 (1980). Entre nosotros se consultará la obra de ENRIQUE BRAHM GARCÍA, *PROPIEDAD SIN LIBERTAD: CHILE 1925-1973. ASPECTOS RELEVANTES EN EL AVANCE DE LA LEGISLACIÓN SOCIALIZADORA*, pág. 20 y ss. (1999). No debemos, asimismo, olvidar que el fenómeno de la instauración de la propiedad privada como presupuesto principal de la evolución del capitalismo agrario inglés, y de allí el mundial, ha motivado una vasta bibliografía sobre el individualismo posesivo. Son lecturas forzosas: KARL POLANYI, *THE GREAT TRANSFORMATION* (1944); C.B. MACPHERSON, *THE POLITICAL THEORY OF POSSESSIVE INDIVIDUALISM: HOBBS TO LOCKE* (1962); BARRINGTON MOORE JR., *SOCIAL ORIGINS OF DICTATORSHIP AND*

Tapihue y sus leyes posteriores regularían el proceso de constitución de la propiedad territorial alterando profundamente la relación del pueblo Mapuche con su tierra la cual, al adquirir el valor de un simple bien de producción, se transformaría gradualmente en propiedad. Ya previamente, en 1823, una ley de fecha 10 de junio había dispuesto que se identificasen los pueblos indígenas existentes en cada provincia, que se midiesen y tasasen las tierras del Estado y que lo poseído por los indígenas les fuese reconocido en “perpetua y segura propiedad”. Otra, del 2 de julio de 1852, al crear la provincia de Arauco, normó las formalidades de los contratos sobre propiedades localizadas en territorio indígena⁸. Eran los primeros pasos destinados a establecer el mapa de propietarios del país, operación que permitiría comercializar con mayor eficacia las heredades ya ocupadas y colonizar aquellas baldías⁹.

Fluye en este contexto un dato no banal en el proceso de constitución de la propiedad raíz en la Araucanía: la operación no podía prescindir de la presencia de un Estado fuerte, unitario y monopolizador de la producción jurídica. El artículo 1° de la ley de julio de 1852 estableció, en efecto, que los territorios habitados por los indígenas y los fronterizos se sujetarían a las autoridades y al régimen que, atendidas sus circunstancias especiales, determinarían el Presidente de la República. Dicha medida se complementa con lo dispuesto por el decreto del 14 de marzo de 1853, que requirió la presencia del Intendente de Arauco y/o del Gobernador de Indígenas comisionado al efecto, para conferir validez a los contratos de compra o arriendo y/o empeño por más de cinco años en terrenos indígenas¹⁰. Se introducía, en consecuencia, una legislación de claro perfil paternalista, cuyo tenor permite reproducir para Chile reflexiones referidas a otras latitudes del ochocientos liberal.

DEMOCRACY. LORD AND PEASANT IN THE MAKING OF THE MODERN WORLD (1966); ALLAN MACFARLANE, THE ORIGINS OF ENGLISH INDIVIDUALISM, BLACKWELL (1978); ELLEN MEIKSINS WOOD, THE ORIGIN OF CAPITALISM. A LONGER VIEW (2002).

8 Para ésta y otras referencias relativas a la legislación indígena del primer período republicano, véanse RICARDO ANGUITA, LEYES PROMULGADAS EN CHILE. DESDE 1810 HASTA EL 1° DE JUNIO DE 1912 (1912); MYLENE VALENZUELA Y SERGIO OLIVA, RECOPIACIÓN DE LEGISLACIÓN DEL ESTADO CHILENO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS. 1813-2006 (2007). Ver asimismo, con análisis crítico, JOSÉ AYLWIN, ESTUDIO SOBRE TIERRAS INDÍGENAS DE LA ARAUCANÍA. ANTECEDENTES HISTÓRICO LEGISLATIVOS (1850-1920), pág. 10 y ss. (1995).

9 KEVIN J. WORTHEN, *The Role of Indigenous Groups in Constitutional Democracies: A Lesson from Chile and the United States*, in THE HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES, pág. 242 (Cynthia Price Cohen, Ed., 1998).

10 La capacidad plena e igualdad jurídica conferida al indígena para contratar y comerciar con base en las primeras leyes republicanas dio lugar a contratos simulados, arriendos fraudulentos, compraventas impagas y otras formas contractuales que derivaron en la usurpación de sus tierras. Dichos eventos justificaron la implementación de la legislación proteccionista en el período 1852–1862. Sin embargo, en la práctica, la intervención estatal fue mínima y los abusos reiterados. Compare con CORREA ET AL., *supra* nota 3, pág. 20-21; AYLWIN *supra* nota 4, pág. 341; WORTHEN, *supra* nota 9, pág. 246-247.

La injerencia progresiva de la autoridad estatal en la ordenación de las posesiones mapuche confirma la regla decimonónica, según la cual, la era del liberalismo se asocia al más fuerte absolutismo jurídico adquiriendo, toda la dimensión relativa a la posesión y circulación de los bienes, un eminente carácter publicista¹¹. Con razón, entonces, se ha afirmado que durante aquellos años el antiguo nexo entre propiedad y personalidad, entre propiedad y autodisciplina se encontraba muy vivo. De allí que el orden social debía fundarse sobre el instituto de la propiedad privada y el principio de la autonomía contractual, siendo la salvaguardia de ambas máximas el compromiso primordial del Estado¹².

Tocaría por consiguiente a la Constitución Política la tarea de custodiar la ecuación liberal adoptada por las autoridades chilenas. Ya en el texto provisorio de 1818 se lee en el artículo 9º: “No puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aun en ese caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos”. Más tarde, la Constitución de 1822 atribuyó al Congreso Nacional la función de amparar la libertad de las propiedades (artículo 47, numeral 27) y “a nadie se le privará de sus posesiones y propiedades y cuando algún caso raro de utilidad o necesidad común lo exija, al titular le será indemnizado el valor, a justa tasación de hombres buenos” (artículo 115). “La nación asegura a todo hombre la propiedad”, es la proclama de la Constitución de 1828 (artículo 10), máxima que se extiende en la letra del texto de 1833 que, luego de haber declarado la inviolabilidad de todas las propiedades (artículo 12 numeral 5), enunció la libertad de disposición de ellas no obstante su vinculación mayorazga (artículo 162), correspondiendo a una ley especial, redactada luego por Andrés Bello, su concreción.

Tapihue y sus leyes posteriores comportan la implementación de la política asimiladora del indígena a los cánones del Estado republicano. En su dimensión agraria, ello se traduciría en el reconocimiento progresivo de aquellas formas propietarias que representaren la ejecución del modelo liberal programado por la autoridad central. De este modo, se advierte que

11 Así, Paolo GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, en I DEMANI COLLETTIVI E LE PROPRIETÀ COLLETTIVE, pág. 18 (Pietro Nervi ed., 1998); GIOVANNI TARELLO, *STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA MODERNA. ASSOLUTISMO E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO*, pág. 227, 259 y 356 ss. (1976). Por absolutismo entendemos la ideología de la reforma política que desde mediados del siglo XVIII estimula el proceso de codificación en Europa. Véase, Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, *supra* nota 7, pág. 695 y ss. Sobre este particular, Stefano Rodotà vuelve a proponer para nuestros días la máxima de Portalis “al ciudadano pertenece la propiedad, al soberano el imperio” a fin de graficar la moderna relación entre poder político y derecho de propiedad, destacando que bajo la extrema lógica de la teoría del individualismo existen sólo dos entidades: el Estado y el individuo. STEFANO RODOTÀ, *IL TERRIBILE DIRITTO. STUDI SULLA PROPRIETÀ PRIVATA*, pág. 105 (1990).

12 PIETRO COSTA, *CITTADINANZA*, pág. 62-63 (2005).

la concepción territorial mapuche, en cuanto ajena al programa previsto por los dirigentes chilenos, resultaría reducida al estereotipo posesivo adoptado por la legalidad republicana.

2. CIVILIZACIÓN, RADICACIÓN Y PROPIEDAD COLECTIVA

Para la generalidad de los textos constitucionales latinoamericanos del siglo XIX, el indígena no existe jurídicamente. La expresión indio, si no cancelada, es incluida para referir a la misión civilizadora que compete al Estado a su respecto¹³. No extraña, a esta altura, ni la consiente omisión, ni la marginal mención, pues en uno u otro caso, y en un proceso que se repite en Estados vecinos, la nación ficticia creada bajo la ley republicana no respondía a los supuestos culturales indígenas, quienes nacían jurídicamente igualados al ciudadano chileno¹⁴.

Sobre dicha base, el artículo 3° de la ley del 2 de julio de 1852 facultó al Presidente de la República a dictar las ordenanzas que juzgase convenientes para, entre otras medidas, “promover la más pronta civilización de los indígenas” arreglando los contratos y relaciones con ellos. Así, pues, la misión civilizadora confiada al ejecutivo permitía la ejecución de un proceso no aislado. En la República Argentina, por esos años, el publicista Juan Bautista Alberdi condensaba análogo ideario en la expresiva fórmula “gobernar es poblar”¹⁵, máxima bien conocida por el jurista y economista político Nicolás Avellaneda, quien más tarde afirmaría la necesidad de multiplicar los propietarios recurriendo al modelo de colonización norteamericano, a fin de “perpetuar la República Argentina”¹⁶. De allí la base ideológica para la Ley de Inmigración y Colonización de 1876, que transformaría a casi cuatro millones de inmigrantes en pequeños o medianos propietarios. En Chile, el influente intelectual Ignacio Domeyko, luego de recorrer el territorio de la Araucanía a inicios de 1845, concluía que “Nadie ignora que uno de los

13 BARTOLOMÉ CLAVERO, DERECHO INDÍGENA Y CULTURA CONSTITUCIONAL, pág. 37 (1994). Para un completo elenco y análisis de las declaraciones constitucionales latinoamericanas relativas al indígena véase Bartolomé Clavero, Pronunciamientos indígenas de las constituciones americanas, www.Alertanet.org/constitucion-indigenas.htm (Nov. 5, 2011); Bartolomé Clavero, *Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas*, en PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS, pág. 313-338 (Mikel Berraondo Ed., 2006).

14 Las reflexiones comparativas a este respecto han sido tratadas por BROOKE LARSON, TRIALS OF NATION MAKING. LIBERALISM, RACE, AND ETHNICITY IN THE ANDES, 1810-1910 (2004); BROOKE LARSON, INDÍGENAS, ÉLITES Y ESTADO EN LA FORMACIÓN DE LAS REPUBLICAS ANDINAS, 1850-1910 (2002).

15 JUAN BAUTISTA ALBERDI, BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: DERIVADOS DE LA LEI QUE PRESIDE AL DESARROLLO DE LA CIVILIZACIÓN EN LA AMÉRICA DEL SUR, Y DEL TRATADO LITORAL DE 4 DE ENERO DE 1831, pág. 14 (1852).

16 NICOLÁS AVELLANEDA, ESTUDIOS SOBRE LAS LEYES DE TIERRAS PÚBLICAS, pág. 133 (1865).

medios más eficaces para avanzar la civilización entre los indios, consiste en ir adquiriendo terrenos incultos (...) estos terrenos han de ponerse bajo la garantía de las leyes llamadas a plantear la civilización del suelo. De allí me parece viene la necesidad de someter las compras de los indicados terrenos a un arreglo fijo, el más justo posible, i sentar todo trato con los indíjenas en el pie de una igualdad racional”¹⁷. La colonización aportaría civilización, concíbese europea, pues el objeto final de ésta sería –en las palabras que desde Domeyko se repiten en diversos ensayos y proyectos de la época– la “inoculación propia de aquellos pueblos septentrionales de Europa”¹⁸.

Así, la clase ilustrada criolla respondía al llamado estatal establecido por el decreto de 5 de julio de 1843, que nominaba una comisión para examinar los diversos proyectos de colonización. En 1848 una ley facultó a Bernardo Philippi para traer colonos desde Alemania al sur de Chile y un año más tarde, el visitador Antonio Varas presenta al Congreso Nacional un prominente informe sobre la necesidad de utilizar medios pacíficos para incorporar al indígena a la civilización¹⁹.

Ciertamente, fueron éstas las premisas sobre las cuales el coronel Cornelio Saavedra presentó en 1861 su plan de pacificación de la Araucanía, proponiendo “civilizar y reducir a los indígenas”, mediante emprendimiento de acciones militares que permitieran avanzar la frontera, para luego subdividir y enajenar los terrenos baldíos y fiscales ubicados entre el Malleco y el Bío Bío, con miras a su colonización con pequeños propietarios nacionales y extranjeros²⁰.

En este contexto, se asienta gradualmente el convencimiento que la labor primordial de las autoridades sería aquella de civilizar al bárbaro, en lo que refleja la recepción de los postulados de la teoría de la decadencia y de la inferioridad del indígena que ya por esos años, como veremos, se

17 IGNACIO DOMEYKO, ARAUCANÍA I SUS HABITANTES: RECUERDOS DE UN VIAJE HECHO EN LAS PROVINCIAS MERIDIONALES DE CHILE EN LOS MESES DE ENERO I FEBRERO DE 1845, pág. 92 (1846).

18 IGNACIO DOMEYKO, MEMORIA SOBRE LA COLONIZACIÓN EN CHILE, pág. 5 (1850).

19 Las recomendaciones de Antonio Varas influyeron de modo determinante en la política legislativa relativa a la civilización de la Araucanía. Sobre el punto véase JORGE PINTO RODRÍGUEZ, LA FORMACIÓN DEL ESTADO Y LA NACIÓN, Y EL PUEBLO MAPUCHE: DE LA INCLUSIÓN A LA EXCLUSIÓN, págs. 83-84, 103, 124 (2003). No debe, además, olvidarse en este contexto el aporte de quien es considerado uno de los más persistentes y entusiastas personajes en el proyecto de la colonización de la Araucanía, el alemán Wilhelm Frick. Véase a propósito, BELLO, supra nota 4, pág. 241-245.

20 Compárese con Cornelio SAAVEDRA, *Consideraciones a favor del avance de nuestras fronteras en el territorio indígena, i del establecimiento de una nueva línea sobre el rio Malleco*, en DOCUMENTOS RELATIVOS A LA OCUPACIÓN DE ARAUCO: QUE CONTIENEN LOS TRABAJOS PRACTICADOS DESDE 1861 HASTA LA FECHA 10-13 (Imprenta de la Libertad, Santiago de Chile, 1870). Para un análisis comparativo de las políticas relativas al pueblo mapuche durante el siglo XIX véase ISABEL HERNÁNDEZ, AUTONOMÍA O CIUDADANÍA INCOMPLETA: EL PUEBLO MAPUCHE EN CHILE Y ARGENTINA, pág. 121 (2003).

proyectaba en diversas obras de corte positivista-evolucionista. Barbarie es también la noción que se presenta ante los ojos de las autoridades republicanas ocupadas del ordenamiento rural, quienes vieron en el nomadismo de los mapuches un estado inferior que, por primitivo, debía ser superado mediante la introducción del orden agrario asociado al instituto de la propiedad raíz.

Fue así, que bajo la influencia de importantes intelectuales progresistas se arraigó en el imaginario republicano la doctrina de la colonización como única fórmula válida para lograr la subyugación de aquellos “vastos e incultos” terrenos²¹.

Fluye desde aquí una importante consideración jurídica que no puede ser obviada. En Chile, como en Argentina, el proceso de ocupación de las tierras mapuche implicó recurrir a la antigua doctrina de la *terra nullius* desde la usual perspectiva etnocéntrica: los indígenas de los territorios comprendidos en las fronteras nacionales no tenían derecho de propiedad pues se trataba de poblaciones nómades que no respetaban los requisitos previstos por la doctrina jurídica occidental para la adquisición del dominio²².

No olvidemos, asimismo, que desde el ángulo del derecho internacional, la noción de *terra nullius* desarrollada durante el periodo colonial había establecido la ficción legal según la cual todos los territorios que no se encontraban bajo el control de los llamados “estados civilizados” debían ser reputados vacantes²³. Chile entero, con base en dichos postulados, podía ser considerado un territorio vacío porque, como lo indica Clavero: “América no estaba poblada de individuos que respondieran a los requerimientos de la concepción dominante de la propiedad, a una forma de ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos, y derechos antes que nada individuales”²⁴.

Pues bien, en medio de este cúmulo teórico, los eventos de la segunda mitad del ochocientos conducirán a la ocupación militar de la Araucanía (1862-1883) y a la sucesiva constitución de la propiedad raíz. Tocó a una

21 Véase, sobre el particular, el pensamiento de VICENTE PÉREZ ROSALES, en MEMORIA SOBRE EMIGRACIÓN, INMIGRACIÓN I COLONIZACIÓN, págs. 66 y 68 (1854).

22 Víctor Toledo Llancaqueo, *En segura y perpetua propiedad. Notas sobre el debate jurídico sobre derechos de propiedad indígena en Chile, siglo XIX*, en ACTAS 4º CONGRESO CHILENO DE ANTROPOLOGÍA, pág. 1131 (2001), disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/publicaciones/260.html?task=view> (Nov. 12, 2011); JOSÉ BENGEOA, HISTORIA DE UN CONFLICTO, pág. 74 (2002); Abelardo Levaggi, *Cómo fue la relación de los indígenas con el territorio*, 18 ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE, año 2004, pág. 111.

23 JÉRÉMIE GILBERT, INDIGENOUS PEOPLES' LAND RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW: FROM VICTIMS TO ACTORS, pág. 26-27 (2006). Para más antecedentes sobre las diversas doctrinas de la desposesión véase el informe de la relatora especial Sra. Erica-Irene A. Daes, *Los pueblos indígenas y su relación con la tierra: documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/25 (11 de junio de 2001).

24 CLAVERO, DERECHO INDÍGENA Y CULTURA CONSTITUCIONAL, *supra* nota 13, pág. 22.

ley, de fecha 4 diciembre de 1866, ordenar el reparto del territorio mapuche disponiendo las tres categorías de propiedad territorial que perduran hasta nuestros días: la indígena, la privada y la fiscal. El gobierno, siguiendo la propuesta del coronel Saavedra, abrazó la corriente estatista de colonización: los terrenos al sur del Bío Bío fueron considerados fiscales correspondiendo al Estado sacarlos a remate para su posterior ocupación por particulares²⁵.

Para civilizar a los indígenas, pero sobre todo para armar el puzle territorial como antesala de la operación colonizadora de la Araucanía, se ordenó la fundación de poblaciones de indios o reducciones²⁶. De seminómades, no trascurriría mucho tiempo para lograr la conversión de una gran masa de mapuche al sedentarismo. El fin de la pacificación de la Araucanía en 1881 fue, en efecto, el hecho histórico que dio pie a la radicación de los indígenas²⁷. En 1883 una ley puso en actividad la Comisión Radicadora de Indígenas, ente que entre 1884 y 1929 otorgó cerca de tres mil títulos de merced en las provincias de Arauco y Osorno, quedando prácticamente todo el resto del territorio en manos del Estado²⁸.

Es preciso advertir que en muchos casos el título de merced fue conferido al cacique en nombre del linaje que representaba, hecho del que emerge un hito jurídico vital en el espacio mapuche no sólo por ser un acto fundacional de la propiedad indígena, sino por constituir un notable caso de alejamiento de la política estatal del individualismo propietario²⁹.

25 *Compárese con* AYLWIN, *supra* nota 8, pág. 19. Se advierte, además, que se trató de una política que ejecutaba –y se sostenía en– la letra del artículo 590 del Código Civil de Andrés Bello.

26 Es necesario recordar que la idea republicana de reducir a los indígenas proviene del decreto del 1 de julio de 1813. Dicha norma tuvo por objeto constituir *villas formales* con escuelas, iglesias, casa consistorial, cárceles, etc., mediante el producto del remate de los pueblos de indios coloniales que los mismos indígenas ocupaban. Se ordenaba, además, asignar a cada familia una casa y propiedad rural cercana para el cultivo al decretarse que: “Cada indio tendrá una propiedad rural, ya sea unida a su casa, si es posible, i de no, en las inmediaciones de la villa. De ella podrá n disponer con absoluto i libre dominio; pero sujetos a los estatutos de policía y nuevas poblaciones, que podrán añadir o modificarse por la comisión”. En este decreto se advierte el ánimo de extender la pequeña propiedad rural al espacio mapuche y desde allí, el germen de lo que será la privación de sus tierras mediante la reducción y venta de sus posesiones. Véase, Carlos M. Quezada Muñoz, *Regulación de la propiedad indígena y el principio de igualdad*, 4 REVISTA DE LA ACADEMIA DE DERECHO, pág. 138 (1995).

27 Entre 1874 y 1883 la función de radicar a los indígenas fue desarrollada por la Corte de Apelaciones de Concepción. En aquel periodo se entregaron diez títulos de merced en las provincias de Malleco y Cautín, todos recaídos en el sector de Angol, por una superficie cercana a las 1500 hectáreas. Compárese con AYLWIN, *supra* nota 8, pág. 37-38.

28 QUEZADA MUÑOZ, *supra* nota 26, pág. 141; Héctor González Cortez, *Propiedad comunitaria o individual. Las leyes indígenas y el pueblo mapuche*, II *Revista Nutram*, 3, pág. 7 (1986); Jorge Calbucura, *Consecuencias de la privatización de las reservas indígenas mapuche*. Puerto Saavedra, *Ruca Traro*, Working Paper Series 34, NUKE MAPUFÖRLAGET, pág. 18-20, http://www.mapuche.info/wps_pdf/calbucura20110225.pdf (Enero 30, 2013).

29 El numeral 5° del artículo 7° de la ley de 1866 estableció: “Cuando los indígenas ocupan

Los terrenos adjudicados eran, en principio, aquellos ocupados por los mapuche ancestralmente. Sin embargo, al determinar los terrenos de permanente posesión de las familias, la Comisión Radicadora estableció con frecuencia un área ocupada menor que la extensión efectivamente utilizada por la ganadería itinerante. Se decretaba, de esta forma, como de posesión efectiva el área donde las familias realizaban su agricultura relativamente estable, donde pastoreaban y guardaban su ganado, “reduciéndose” con ello el territorio ancestral³⁰. Es notorio, además, que el Estado confería a su arbitrio títulos de merced incluyendo, muchas veces bajo un mismo título, a personas de diferentes familias y que, por lo tanto, no reconocían el mismo cacique como jefe. En otros casos, tratándose por ejemplo de lugares lejanos, las autoridades tradicionales no supieron lo que sucedía o la Comisión Radicadora nunca llegó³¹.

Éstos y otros factores locales determinaron la reducción dramática de la tierra ancestral mapuche cuyas posesiones abarcarían al fin del periodo de radicación sólo el 6,39% del territorio total comprendido entre las provincias de Arauco y Osorno³². Por su parte, el Estado se hizo propietario absoluto de las tierras remanentes, pues baldíos fueron considerados los terrenos respecto a los cuales los indígenas no probaron posesión efectiva y continuada de un año por lo menos, y como baldíos se dispuso de ellos para efectos de la colonización³³.

La propiedad –en su vertiente privada o bien colectiva– civilizaba y lo hacía con todos los atropellos que comporta la imposición de un modelo ajeno. No sorprende, entonces, notar que sea éste el periodo de nacimiento de los primeros conflictos territoriales entre Estado, particulares y el pueblo Mapuche. La usurpación del terreno ancestral, la fragmentación del control

un terreno o posean como individuos de una reducción dependiente de un cacique, se les tendrá a todos como comuneros, y se deslindará el terreno como propiedad común a todos ellos”. Detalles sobre antecedentes y reconocimiento de la propiedad indígena en la ley de 1866, véase en TOLEDO LLANCAQUEO, *supra* nota 22.

30 JOSÉ BENGÓA, QUINQUÉN: 100 AÑOS DE HISTORIA PEHUENCHE, pág. 39-40 (1992); BENGÓA, *supra* nota 22, pág. 78-79.

31 Para un análisis de las diversas dificultades encontradas por la Comisión Radicadora de Indígenas véase AYLWIN, *supra* nota 8, pág. 39-40.

32 González Cortez, *supra* nota 28, pág. 7. Al fin del periodo de radicación, un tercio de la población mapuche no había sido reducida por lo que su derecho a la tierra no habría sido reconocido. Además, hoy, luego de la oleada de leyes divisorias que se sucedieron intermitentemente durante el siglo XX, un tercio de la tierra entregada por el Estado bajo dicha modalidad no está en manos de mapuches. Compárese con BENGÓA, *supra* nota 22, pág. 94-95. Para un acabado estudio de la pérdida de tierras ocurridas en las comunidades mapuche de las provincias de Malleco y Cautín de la IX región véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Vol. II, Anexo, disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digiales/cvhynt/v_ii/informe_tiemras.pdf

33 Véanse, sobre el punto, reflexiones similares en WORTHEN, *supra* nota 9, pág. 248.

territorial de las autoridades tradicionales, el desconocimiento de la ocupación efectiva sobre terrenos diversos a la casa-habitación y territorio aledaño, la superposición de títulos producto del remate de la propiedad indígena ya adjudicada, la apropiación de hecho y los actos fraudulentos sobre tierras mapuche, son algunas de las causas de los conflictos territoriales derivados de la ocupación e imposición de la propiedad en la Araucanía³⁴.

En razón de símiles eventos, que detalla en su obra *Costumbres judiciales i enseñanza de los Araucanos* (1904), Tomás Guevara fue lacónico al afirmar que “en la actualidad quizás no hay un indígena que no tenga un pleito con un chileno sobre reivindicación de terreno”³⁵. A todo ello, debemos sumar las disputas intracomunitarias que derivaron de la reducción de tierras ancestrales a espacios pequeños producto de la implementación del régimen de la propiedad colectiva³⁶. Eran éstas las primeras consecuencias de lo que el historiador José Bengoa denomina la “intervención explosiva” del Estado chileno en la sociedad mapuche³⁷. Los conflictos con éste y la división interna mapuche comienzan allí, pues la “comunidad inventada”, que nacía a partir de la política de la radicación, imponía una noción del colectivismo propietario en un espacio donde ninguno de los comuneros se consideraba dueño, ni menos dependiente del cacique para ejercer su derecho de uso de la tierra.

Pero hay más. Conviene también notar que la asignación de títulos de merced no garantizaba la estabilidad de la propiedad colectiva. Una lectura atenta de la ley de 1866 permite observar en el colectivismo un estado provisorio destinado a una gradual desaparición mediante la conversión de las tierras al individualismo propietario. Debe, ante todo, evidenciarse que la ley radicadora confirió preferencia a la titulación individual de las heredades. Así, al establecer las reglas para la asignación de los títulos de merced, el artículo 7° dispuso como regla primaria que la posesión efectiva y continua de un año sería título bastante para que el “indígena” fuese considerado dueño. El mismo espíritu se proyecta en el numeral 3 de la norma, donde se lee que si muchos indígenas poseyeren un terreno sin que ninguno de ellos pudiese establecer posesión exclusiva sobre una porción determinada, se les considerará como comuneros y se les dividirá en partes iguales. Corroborá,

34 Compárese con CORREA ET AL., *supra* nota 3, pág.56-57.

35 GUEVARA, *supra* nota 4, pág.53.

36 De las cuales han dejando testimonio los abogados protectores de indígenas en sus memorias de colonización de los primeros decenios del siglo XX. Véase BENGEO, *supra* nota 22, pág. 79-80; AYLWIN, *supra* nota 8, pág. 44-46. El mismo Tomás Guevara, citaba en 1913 la memoria del protector de indios de Valdivia evidenciando que “Reducidos, pues, a pequeñas cabidas de terrenos radicados por familias i con el sistema de comunidad rompen su tradicional espíritu de cuerpo, unidad i compañerismo, para defender su propia conservación, individualmente hablando”. TOMÁS GUEVARA, LAS ÚLTIMAS FAMILIAS I COSTUMBRES ARAUCANAS, pág. 200 (1913)

37 BENGEO, *supra* nota 22, pág. 80

en fin, lo dicho, otro importante aspecto de la ley radicadora: una vez reconocida la reducción como propietaria, la iniciativa de una octava parte de los comuneros bastaría para proceder a la división y demarcación de los límites individuales (artículo 7° numeral 6).

Por cierto, la fórmula a favor de la división de los terrenos adoptada por la legislación radicadora se encontraba en total concordancia con el espíritu de un cuerpo legal que desde el año 1857 monopolizaba la regulación de la tenencia de la tierra, nos referimos al Código Civil de Andrés Bello, al cual bien pronto se querrá encasillar el entero simbolismo territorial del pueblo Mapuche.

3. CÓDIGO CIVIL, EVOLUCIONISMO E INDIVIDUALISMO PROPIETARIO

Como es sabido, un importante rol en el proceso de consolidación del Estado republicano fue conferido a la codificación civil. Los dirigentes de los nacientes países vieron en el código un instrumento normativo idóneo para perfeccionar el espíritu independentista y asegurar el control político³⁸. Pero además, como acaecía paralelamente en la experiencia europea, el código representaba un instrumento jurídico, unitario y coherente, necesario para superar el particularismo jurídico del periodo anterior³⁹. Existe, por tanto, un fuerte componente técnico en su adopción, pues sustituyendo con un riguroso monismo el viejo pluralismo de fuentes de la época colonial, la codificación reforzaría la unidad nacional en base a un instrumento bien madurado por el reduccionismo iluminista: la razón⁴⁰. Así, lo que el ensayo codificador de ultramar proponía a la autoridad republicana era un modelo prestigioso y, como tal, plausible de imitar. En dicho fenómeno se resume una determinante premisa de la adaptación del code civil en nuestra región; se trataba de asimilar un prestigioso mecanismo de dominación social apto para construir la identidad nacional y afianzar el orden interno⁴¹.

38 MATTHEW C. MIROW, *LATIN AMERICAN LAW. A HISTORY OF PRIVATE LAW AND INSTITUTIONS IN SPANISH AMERICA*, pág. 98 (2004); Bartolomé Clavero, *Codificación y constitución: paradigmas de un binomio*, en 18 *QUADERNI FIORENTINI*, págs. 81 ss (1989).

39 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *LA CODIFICACIÓN CIVIL EN IBEROAMÉRICA, SIGLOS XIX Y XX*, pág. 219 (2000).

40 FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *CÓDIGOS Y CONSTITUCIONES (1808-1978)*, pág. 85 (1989); y así también TARELLO, *supra* nota 11, pág. 29.

41 El prestigio como factor de imitación de modelos constituye, en el caso de la recepción del code francés, una dinámica bien desarrollada por la doctrina comparatista. Véase RODOLFO SACCO, *INTRODUZIONE AL DIRITTO COMPARATO*, págs. 147 ss. ((1992); Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW*, pág. 457-458 (Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann eds., 2007); Ugo Mattei, *CIRCOLAZIONE DEI MODELLI GIURIDICI*, *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, ANNALI I, pág. 177 (2008); GUZMÁN BRITO, *supra* nota 39, pág. 224-226.

El código napoleónico eliminaba la herencia del antiguo régimen y creaba una sociedad burguesa liberal, de inspiración laica, donde propiedad, igualdad y libertad personal se erigían como dogmas de la modernidad. Para sus redactores, sólo un mundo de propietarios con facultades absolutas podía garantizar la seguridad y tranquilidad al Estado⁴², y es por ello que la autonomía de la voluntad y la libertad contractual se proyectaban como pilares de un orden dirigido a condensar y centrar la producción jurídica en un individuo que se realiza sólo en cuanto tiene. Fue así que las autoridades republicanas entregaron al código la tarea de asestar el entero radio de las relaciones jurídicas privadas instituyendo, tanto el derecho de las personas –dotado de un marcado carácter patrimonial– como la materia de sucesiones, donaciones, obligaciones y contratos –meros medios para la circulación de bienes– al servicio y fin de la propiedad individual.

Nuestro Código Civil, fiel a su modelo, consagra la supremacía del individualismo propietario confiriendo en diversas materias el carácter excepcional a las situaciones de comunidad de bienes (artículos 1317, 1776, 2115, 2313, 1344, 718). En cuanto código agrario, favorece la división de los terrenos (artículo 1317), establece un número restringido de derechos reales (artículo 577) y declara de patrimonio del Estado todas las tierras carentes de dueño o abandonadas (artículo 590). A ello se suma una constatación no banal y bien estudiada: la soberanía absoluta de la ley (artículos 1° y 3°) que establece una jerarquía bajo cuyo peso la costumbre resultaba literalmente aplastada por el texto legal (artículo 2°)⁴³.

Pero ello no es todo. Al ideario posesivo establecido por el código debe agregarse una importante consideración que emerge de las obras de sus primeros comentaristas. En ellas, la propiedad proyectada desde el artículo 582 es elogiada en su carácter despótico y exclusivo⁴⁴. Nos lo dice Jacinto

42 Compárase ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *LES ORIGINES DOCTRINALES DU CODE CIVIL FRANÇAIS*, pág. 192 (1969).

43 Así, Bartolomé Clavero, *Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, *Quaderni Fiorentini*, 23, pág. 111-112, 135-136 (1994). El Código Civil chileno, rompiendo con la tendencia del derecho indiano, reconoce sólo la costumbre remitida o *secundum legem* repudiando la supletoria, la contraria a la ley y el desuso de ésta. En el contexto del derecho indígena, la codificación rompe también con el vasto reconocimiento que se confirió a los usos y costumbres de los indios desde el reinado de Carlos V. Como apunta Alejandro Guzmán Brito, "Es curioso observar que la tradición del derecho indiano, que daba amplia entrada a la costumbre indígena, no fue tomada en consideración en ninguno de los países iberoamericanos en el momento de redactar sus códigos, ni siquiera en aquellos en que parte importante de su población estaba integrada precisamente por indígenas. La razón es clara: el derecho de los indígenas –ya en el derecho indiano, por lo demás– era, a lo más, un derecho especial y, como tal, no tenía cabida en su código de derecho común y general como es el civil". Alejandro Guzmán Brito, *El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX*, en 12 *REVISTA DE ESTUDIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS* 1987-1988, pág. 254.

44 Fenómeno que se repite al analizar las primeras sentencias republicanas sobre la materia. Véase BRAHM GARCÍA, *supra* nota 7, pág. 22-23.

Chacón para quien: “la absoluta y exclusiva disposición de nuestras cosas es, pues, el carácter esencial del derecho de propiedad”, siendo su inviolabilidad “una necesidad social”⁴⁵. Lo repite Robustiano Vera al afirmar: “La propiedad es un derecho personal, individual, enteramente humano, que ha servido de fundamento al organismo de la sociedad (...) ha recobrado hoy su libertad para volver a ser lo que fue en los tiempos de Justiniano; un derecho individual sobre las cosas, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes en el interés del bien común o por respetos al derecho de un tercero”⁴⁶. Y lo perpetuará hasta nuestros días, apoyándose en Aubry y Rau, Baudry-Lacantiniere y Planiol, Luis Claro Solar: “La propiedad expresa la idea del poder jurídico más completo de la persona sobre una cosa; y es, por lo tanto, el derecho real en virtud del cual una cosa se halla sometida, de una manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y a la acción de una persona”⁴⁷. En suma, el motor con el que el *servi legum* del código terminaría, aquí como en Europa, por conferir a la propiedad aquel individualismo rígido propio de la modernidad, no es más que el corolario del iter doctrinario iniciado por el individualismo kantiano, recogido por Savigny y desde allí diseminado por la escuela tarda exegética⁴⁸.

En el terreno de la teoría sociológica, urge consignar otra convincente –y aún poco explorada– arma a favor del individualismo decimonónico. Se ha dicho que de la mano de la constitución de la propiedad raíz, asoma ya con fuerza desde mediados del siglo XIX la concepción que considera al indio un ser inferior. A la construcción del imaginario indígena

45 JACINTO CHACÓN, EXPOSICIÓN RAZONADA Y ESTUDIO COMPARADO DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO, T. II 29 (1878).

46 ROBUSTIANO VERA, CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, COMENTADO I EPLICADO, T. III 2-3 (1894).

47 LUIS CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo VI, De Los Bienes, I, pág. 325 (1979).

48 Sobre el rol de la doctrina alemana en la fijación del concepto liberal de propiedad son luminosas, entre nosotros, las reflexiones realizadas por Enrique Brahm García en base a la investigación del prof. Alfons Bürge. Véase Enrique Brahm García, *El concepto de propiedad en el Código napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana*, 23 REVISTA CHILENA DE DERECHO, N° 1, pág. 7-12, 1996. Es preciso añadir que el periodo en referencia se caracterizó en nuestra zona por el trasplante iusteórico del *code* y, en modo particular, por la recepción tardía de la doctrina que lo acompañaba, la *exégesis*. Ello, junto a la recepción de los métodos alemanes de la *Begriffjurisprudenz*, dio lugar al predominio de una corriente general y abstracta que monopolizará la producción del derecho privado durante gran parte del siglo XX. Nos referimos al fenómeno que Diego López Medina denomina “clasicismo jurídico” y que encuentra en la clásica obra de Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (vol. I, *De las personas*, 1898, publicación seriada), uno de sus más justos representantes. Véase DIEGO LÓPEZ MEDINA, TEORÍA IMPURA DEL DERECHO. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA, pág. 130 (2004). Miramientos didácticos respecto al rol de la filosofía kantiana en la transformación del concepto de propiedad en SEAN COYLE Y KAREN MORROW, THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF ENVIRONMENTAL LAW: PROPERTY, RIGHTS, AND NATURE, págs.61 y ss. (2004).

republicano Facundo (1845), de Domingo Faustino Sarmiento, es la obra que por primera vez y en modo determinante para toda una generación de intelectuales, barbariza al indígena e indica el rol civilizador que cabía al Estado a su respecto⁴⁹. Pues bien, a aquel bárbaro que emerge en Chile de las obras de Crescente Errázuriz, Benjamín Vicuña Mackenna, Miguel Luis Amunátegui, Diego Barros Arana, como de un sinnúmero de artículos dispersos en medios nacionales⁵⁰, exigía la evolución natural de los pueblos civilizar en una visión que reflejaba el eco de una corriente, principiada en Europa, que considera a las sociedades humanas como un todo coherente y unitario y, por ello, sujetas a leyes idénticas de transformación. Hablamos del evolucionismo unilinear, que ya en su vertiente sociológica o antropológica, histórica o jurídica, afirmaba que los cambios sociales en acto inevitablemente conducirían al ocaso de las formas tradicionales de organización, dando paso al moderno individualismo⁵¹.

En su perfil agrario, el positivismo evolucionista no concedía lugar a las formas colectivas de apropiación, y se creyó que la gradual imposición del individualismo propietario conduciría a su natural desaparición. Ya a inicios del novecientos, deja testimonio de esta solución el historiador Francisco Encina, quien explicando las causas del deterioro económico de su época, afirmaba que “el respeto a la propiedad de un pueblo, uno de cuyos ancestrales hace poco más de trescientos años aún no había llegado a la propiedad individual, tiene, por fuerza de las cosas, que ser menos acentuado en los pueblos que llevan más de mil años de propiedad divisa”⁵².

49 DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, CIVILIZACIÓN I BARBARIE: VIDA DE JUAN FACUNDO QUIROGA I ASPECTO FÍSICO I COSTUMBRES I HÁBITOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1845).

50 Todos bien documentados por PINTO RODRÍGUEZ, *supra* nota 19, págs. 119; 173-177; 154-160.

51 Basta citar aquí los nombres de Edward Burnett Tylor, John Lubbock, Lewis H. Morgan, Gabriel Tarde, Herbert Spencer y Auguste Comte. Para una interesante reconstrucción del estereotipo del “otro” como “hombre primitivo” en las obras evolucionistas decimonónicas véase BERNARD MCGRANE, BEYOND ANTHROPOLOGY: SOCIETY AND THE OTHER, pág. 77 y ss. (1989). Reflexiones generales sobre el evolucionismo jurídico en KATHERINE S. NEWMAN, LAW AND ECONOMIC ORGANIZATION: A COMPARATIVE STUDY OF PREINDUSTRIAL SOCIETIES (1983); ALBA NEGRI, IL GIURISTA DELL'AREA ROMANISTA DI FRONTE ALL'ETNOLOGIA GIURIDICA (1983); NORBERT ROULAND, ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE (1995); RENATO TREVES, SOCIOLOGIA DEL DIRITTO. ORIGINI, RICERCHE, PROBLEMI (2002). Véase también, con miramiento crítico, Michael B.W Sinclair, *The Use of Evolution Theory in Law*, U. DET. L. REV., 64, pág. 451 y ss, 1987. Entre nosotros, el influjo de la teoría evolucionista sobre los indígenas ha sido abordado por el historiador BENGOA, *supra* nota 2, pág. 190 ss.; y por BELLO, *supra* nota 4, pág. 232 ss.

52 FRANCISCO A. ENCINA, NUESTRA INFERIORIDAD ECONÓMICA: SUS CAUSAS, SUS CONSECUENCIAS, pág. 75 (1981). Para un análisis didáctico de las modalidades con las que los científicos sociales de fines del siglo XIX propusieron la terminación de las formas tradicionales de organización véase DAVID M. HUMMON, COMMONPLACES: COMMUNITY IDEOLOGY AND IDENTITY IN AMERICAN CULTURE, pág. 24 (1990).

Pero si hay entre nosotros un nombre que debe ser asociado en modo irrestricto a la bandera del evolucionismo, ya jurídico, es el de don Valentín Letelier. En las páginas consignadas a su *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales* publicado en 1919, el ilustre linarense explica las causas que conspiran a individualizar la propiedad en un intento por construir una teoría positiva del instituto. Para Letelier el trabajo personal, en una expresión que recuerda el exordio lockeano, y el perfeccionamiento de la agricultura, abren la puerta a la apropiación individual “porque incorporando en la tierra más y más esfuerzos, interesa al comunero en el mantenimiento perpetuo de la posesión”; y en todo ello se advierte una total armonía con los presupuestos ya anticipados por el mismo Savigny pues “cuando [éste] enseña que en el derecho romano toda propiedad está fundada sobre la posesión no disputada, legitimada por la prescripción, en realidad no enseña doctrina diferente”. En Letelier, las premisas del positivismo sociológico permiten concluir que el progreso natural de la civilización conducirá a la declinación del colectivismo agrario y que el orden civil no se alcanzará mientras impera el régimen de la comunidad⁵³.

No sabemos si don León Erbeta, Fiscal de la Corte de Apelaciones de Temuco, conocía la obra de Letelier al momento de emitir un informe sobre la situación jurídica y social de los mapuche, pero lo cierto es que, una vez en manos del Fiscal de la Excma. Corte Suprema, el documento confiere evidencia histórica de una tendencia ya bien arraigada entre los letrados de mediados del siglo XX. El defecto principal de la ley de 1866, indica Erbeta, consistió en haber “radicado la propiedad indígena en comunidades (...) la radicación hecha por reducciones, sin demarcar a cada jefe de familia, no dio seguridad respecto de la parcela que a cada uno correspondía dentro de la comunidad, lo que, evidente, se prestó para enervar la actividad productora del indio (...) La comunidad obligada (...) quitó al indígena todo aliciente para el cultivo de las tierras comunes”, hecho que en la práctica explicaría la rémora del progreso del indio⁵⁴.

No es difícil notar en el evolucionismo y en la reflexión jurídica que lo acompaña, un ulterior impulso dogmático a favor del individualismo propietario⁵⁵. Se añade, en esta sede, que el postulado progresista no fue fórmula

53 VALENTÍN LETELIER, GÉNESIS DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES CIVILES FUNDAMENTALES. ESTUDIO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA PREMIADO EN EL ÚLTIMO CERTAMEN BIENAL DE LA FACULTAD DE LEYES Y CIENCIAS POLÍTICAS, pág. 122, 123, 124, 125, 138 (1967 [Hume & Walker, 1919]).

54 León Erbeta, *La situación jurídica y social de los indios mapuches*, LII REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, parte I, pág. 123, 1955.

55 El uso de los postulados evolucionistas para atacar las formas de propiedad colectiva de las comunidades es tema recurrente en el seno del movimiento del indigenismo jurídico peruano de principios del siglo XX. Sobre la materia, se permita el reenvío a Rodrigo Míguez Núñez, *Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina*, en LXXX ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, 80, pág. 782-783, Enero, 2010; CARLOS

privativa de los círculos intelectuales criollos. Debe recordarse que en 1927 el diputado del Partido Liberal y entonces presidente de la Sociedad Caupolicán Defensora de la Araucanía, Manuel Manquilef, redactó y defendió ante el Congreso Nacional la primera Ley de División de Comunidades Mapuche de ese mismo año. En su tesis, compartida por muchos dirigentes indígenas de la época, señalaba que la permanencia de las reducciones condenaba al indígena a la marginalidad, excluyéndolo del desarrollo del resto del país. Es por tal motivo que el líder araucano insistió en la división de las comunidades y en el otorgamiento de títulos de propiedad individual como el medio más adecuado para lograr la rápida integración del mapuche a la sociedad chilena⁵⁶. Entre tanto, a partir de 1857 regía en el espacio mapuche el Código Civil, cuerpo que obvió la presencia indígena, pues, como sabemos, dio por supuesto su transformación al estereotipo del ciudadano chileno⁵⁷.

Se comprende, de esta manera, que en una estructura jurídica inspirada en el individualismo, convencida por el evolucionismo y destinada a desarrollar el liberalismo económico ordenado por el poder público, el espacio para las modalidades de tenencia territorial mapuche era nulo, siendo su único destino su transformación en propiedad individual⁵⁸.

De la teoría a la ejecución práctica de las nociones en acto hay evidencia histórica: a partir de la ley de 1866 y durante los próximos 125 años de historia republicana el tema más importante, si no el único, al interno del derecho indígena fue el porcentaje de comuneros necesario para gatillar el proceso de división de las reducciones⁵⁹. Diversas leyes fueron dictadas a tal fin —princiando por la de 1927— en 1930, 1931 y 1961⁶⁰. Finalmente, los Decretos Ley 2.568 y 2.570 de 1979, revirtiendo el proceso de reforma agraria avanzado por las Leyes 16.640 (1967) y 17.729 (1972) aceleraron el proceso de división de las comunidades restableciendo la regla, originaria de 1927, según la cual bastaba un solo comunero, esta vez mapuche o no, para

RAMOS NÚÑEZ, HISTORIA DEL DERECHO CIVIL PERUANO. SIGLOS XIX Y XX., T. V, VOL. 2, pág. 239, (2006).

56 BENGOA, *supra* nota 4, pág. 385; BENGOA, *supra* nota 22, pág. 254.

57 La única consideración que se mantuvo vigente como norma especial para el indígena fue la incapacidad, establecida por el decreto del 14 de marzo de 1853, de celebrar actos y contratos en relación con la compra de bienes de su propiedad, requiriéndose la intervención de la autoridad estatal al efecto.

58 Conviene, además, precisar que la no obligatoriedad de practicar las inscripciones de los títulos de propiedad existentes hasta la fecha en el nuevo sistema registral ordenado por el artículo 695 del CC e implementado por el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, produjo perjuicio a los indígenas por cuanto gran parte de sus tierras ancestrales, siendo ocupadas por chilenos, fueron inscritas por éstos a su nombre. Véase, AYLWIN, *supra* nota 4, pág. 342.

59 WORTHEN, *supra* nota 9, pág. 250.

60 Estudio detallado sobre legislación indígena de dicho periodo en Hugo Ormeño Melet y Jorge Osses Dañín, *Nueva legislación sobre indígenas en Chile*, en CUADERNOS DE LA REALIDAD NACIONAL, N° 14, pág. 15-45, octubre 1972.

proceder a la división de la comunidad. Las hijuelas resultantes, inscritas en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces, se regulaban, para todos los efectos, por las normas del Código Civil.

Uniformidad es, por tanto, la expresión que mejor condensa la esencia de la política agraria auspiciada por el Estado chileno en el espacio mapuche; y en ello debe leerse división de la tierra y asimilación de las prácticas construidas sobre ella, al sistema de derecho común consignado a la propiedad del Código Civil. Ya lo señalaba, entre sus objetivos principales, la introducción del texto DFL 166 del 20 mayo de 1931: se trataba de someter a los indígenas al régimen legal que se aplicaba al resto del país como único medio para incorporarlos a la civilización y asegurar que las tierras que ellos ocupaban disfrutasen del beneficio del crédito y fueran adecuadamente trabajadas y cultivadas. Pero incluso antes, símiles axiomas se sintetizan en el prefacio de un proyecto de ley de 1908: la titulación individual “armonizaría” la propiedad indígena con el sistema prevalente en los países civilizados, comportando un gran paso respecto a su cultura, ya que estimularía las necesidades individuales y la competencia entre los indígenas⁶¹.

En 1956, en medio de aquel culto obsesivo a la propiedad individual, un célebre y multifacético científico chileno-letón bien comprometido con la causa indigenista tuvo el coraje de dedicar una monografía a la comunidad indígena analizando su evolución frente al derecho estatal. Interesa aquí referir las líneas de *La comunidad indígena en América y en Chile*, pues en ellas Alejandro Lipschutz imprime un enunciado que por su certeza atemporal proyecta validez sintética para la actualidad: “se puede decir sin exageración alguna, que el tenor de la legislación indígena en Chile es, desde 1813, siempre el mismo: legislar sobre la forma que más convenga, para conseguir la división de la comunidad indígena de propiedad territorial inalienable, con el fin expreso de transformarla en propiedad territorial individual alienable”⁶². Lipschutz, de hecho, no sólo resumía la regla de la legislación de su época sino que presagiaba, además, el corolario de la progresiva imposición del individualismo propietario en el espacio mapuche. Así, en el sólo período 1979-1986 la ejecución de dicha política permitió la división de 1.739 reducciones, dando lugar a la formación de 48.346 hijuelas, las cuales, normadas uniformemente por las disposiciones del Código Civil, entraron en la dinámica del mercado de tierras⁶³.

61 Comisión Parlamentaria de Colonización, *Informe, Proyectos de Ley, Actas de Sesiones y otros antecedentes*, pág. 70 (1912).

62 ALEJANDRO LIPSCHUTZ, *LA COMUNIDAD INDÍGENA EN AMÉRICA Y EN CHILE: SU PASADO HISTÓRICO Y SUS PERSPECTIVAS*, pág. 144 (1956).

63 Son cifras reveladas por GONZÁLEZ CORTEZ, *supra* nota 28, pág. 10.

4. PROPIEDAD Y DEMANDA MAPUCHE

De lo expuesto hasta ahora surge una reflexión ya anticipada. La ordenación territorial dispuesta por el Estado chileno en el espacio mapuche revela un constante intento por asimilar las prácticas tradicionales de tenencia de la tierra al esquema de la propiedad del derecho civil. Frente al dualismo individual-colectivo propuesto por la legislación estatal, el pueblo Mapuche ha debido adaptar su concepción espacial a la terminología jurídica de la propiedad, atesorando la noción de colectivismo propietario derivada de los títulos de merced. Dicha dinámica da cuenta de la imposición de un concepto extraño, pero a la vez necesario y conscientemente incorporado a objeto de la salvaguarda de sus intereses culturales y territoriales.

Así, se reproduce en Chile un fenómeno jurídico común a todo contexto postcolonial de reclamo de tierras por pueblos originarios, pues también los mapuche se han aferrado al lenguaje jurídico del derecho occidental a fin de evitar la pérdida de aquellas tierras cuya tenencia les fue legalizada según la regla propietaria estatal. Prescripción, pactos de indivisibilidad, declaraciones de inalienabilidad e inembargabilidad, junto a otras máximas reconocidas por el cúmulo de leyes que establecieron la propiedad indígena, han sido las fórmulas amasadas a tal efecto⁶⁴. En este ámbito, el recurso al sistema jurisdiccional por representantes indígenas ha significado un instrumento continuo, aunque limitado, para materializar el haz de derechos reconocidos por el Estado frente a las usurpaciones y presiones ejercidas sobre las tierras de reducción.

Aquí es donde despunta otra esencial consideración: la reclamación territorial mapuche ha sido encausada durante nuestra historia republicana según una doble óptica jurídico-occidental; por un lado, se trata de demandas relativas a la noción eminentemente material –la tierra– asociada al concepto de la propiedad civil y, por el otro, limitadas al reconocimiento de los títulos pro-indiviso instituidos por el estado chileno durante el periodo de radicación.

A dichas tierras referirá la política de expropiación y restitución apadrinada a partir del gobierno de Eduardo Frei Montalva; la fijación de los deslindes originales consignados en tales títulos será además el motivo de

64 Sobre las implicancias derivadas de la adecuación de las nociones autóctonas de derecho a la tierra a la terminología occidental de la propiedad son útiles las reflexiones, referidas a la experiencia del pueblo canadiense Kluane First Nation, del antropólogo Paul Nadasdy: "(...) the legal (and cultural) concepts of "ownership" and "property" recognized by Canadian courts and lawmakers cannot adequately represent the complexities of this relationship. Yet these same concepts are fundamental to the very idea of aboriginal treaty making. This means that to even engage in the process of negotiating a land claim agreement, First Nation people must translate their complex reciprocal relationship with the land into the equally complex but very different language of property". Véase, Paul Nadasdy, *Property and Aboriginal Land Claims in the Canadian Subarctic: Some Theoretical Considerations*, 104 AMERICAN ANTHROPOLOGIST, pág. 248, 2002.

las corridas de cerco y de las ocupaciones de hecho que se repetirán bajo el sostén de agrupaciones indígenas como el Movimiento Netuain Mapu (recuperemos la tierra). La revisión de los mismos títulos, encargada a la Comisión de Restitución de Tierras Mapuches Usurpadas de 1971, será una de las primeras medidas adoptadas por el gobierno de la Unidad Popular para resolver la cuestión mapuche; y a dichas extensiones buscará además dar solución institucional la Ley Indígena 17.729 de 1972 y la actual Ley 19.253 de 1993⁶⁵.

Dicho de otro modo, la tierra mapuche quedó identificada y sus derechos ancestrales reducidos al arquetipo republicano de los títulos de merced; por lo que a tal modelo de colectivismo propietario refieren, tanto la demanda ancestral de tierras como las políticas estatales de restitución, sus pretensiones y objetivos durante gran parte del siglo XX⁶⁶.

5. TERRITORIALIDAD

Por territorialidad entendemos el modo de conceptualizar y de apropiar el espacio social en que se vive; se reflejan en ella las distintas formas de relación con la naturaleza instituidas por los grupos sociales que ocupan la tierra. La noción de territorio, se comprende a partir de la territorialidad y así, se nos presenta como una construcción social realizada en forma consciente por grupos humanos que objetivan su relación con el ambiente a través de prácticas continuas^{67, 68}. Se trata de una construcción

65 Para los eventos concernientes a las reclamaciones de tierras fundadas en los títulos de merced, véase CORREA ET AL., *supra* nota 3, págs. 139; 149-151; 159; 191; 195.

66 Y no hay novedad alguna en estas afirmaciones: José Bengoa, al discutir en 1992 los alcances de la nueva ley indígena, proponía una elemental pregunta: ¿qué se entendería por “tierras indígenas”? En respuesta, el historiador indigenista consideraba que “históricamente, durante todo este siglo, [...] cuando se ha hablado de tierras usurpadas se está hablando de [...] las tierras que fueron indígenas a partir de la radicación, es decir, a partir de los títulos de Merced”. Véase Comisión Chilena de Derechos Humanos, *Pueblo, tierra, desarrollo. Conceptos fundamentales para una nueva ley indígena*, Santiago, 1992, citado por VÍCTOR TOLEDO LLANCAQUEO, PUEBLO MAPUCHE. DERECHOS COLECTIVOS Y TERRITORIO: DESAFÍOS PARA LA SUSTENTABILIDAD DEMOCRÁTICA, pág. 97 (2006).

67 Se advierte que para efectos de este estudio la expresión territorialidad se sinónima a territorio. Más antecedentes sobre reflexiones antropológicas relativas a la fina diferencia semántica en Álvaro Bello, *Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones*, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS. TENDENCIAS INTERNACIONALES Y CONTEXTO CHILENO, pág. 104-105 (JOSÉ AYLWIN ED., 2004). Más recientemente, véase el capítulo introductorio de la notable obra de BELLO, *supra* nota 4.

68 Aún cuando el término territorio goza de gran aceptación y uso, no existe hoy avenencia sobre su contenido. Así, Víctor Toledo nos indica que la noción se encuentra en actual proceso de maduración y que bajo el rótulo de derechos territoriales hallan hoy tematización asuntos de diversa índole tales como identidad cultural, tierras, recursos naturales, biodiversidad, medioambiente, organización social del espacio, jurisdicción y control político, soberanía, etc. Víctor Toledo Llancaqueo, *Políticas indígenas y derechos*

colectiva, y su reflejo más patente es la presencia de una estructura social tradicional, bien definida, que habita el espacio mediante representaciones culturales, a partir de ritos asociados a la tierra, ordenando religiosamente su entorno⁶⁹.

De lo dicho, se observa que el discurso de la territorialidad abraza una concepción espacial que va más allá de la concepción reduccionista y mecanicista de la propiedad codificada, la cual propone una separación neta, si no de superioridad, entre el sujeto y el objeto⁷⁰. A diferencia de la propiedad privada, la noción de territorialidad no puede ser comprendida según la lógica del “tener”, sino que más bien del “ser”. Así, por lo demás, lo ha entendido el relator del grupo de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al debatirse sobre las formas tradicionales de propiedad, derecho a tierras y territorios. Para Osvaldo Kreimer: “Estos derechos [territoriales] no son meramente una cuestión de bienes inmuebles, y no deberán basarse en el clásico enfoque de “propiedad” sobre el que se basa el derecho civil. Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, y para su propio desarrollo, o como prefieren los expertos indígenas, para llevar a cabo “sus planes de vida” y contar con sus propias instituciones políticas y sociales”⁷¹.

territoriales en América Latina: 1990-2004, ¿Las fronteras indígenas de la globalización?, en PUEBLOS INDÍGENAS, ESTADO Y DEMOCRACIA, pág. 86 (Pablo Dávalos ed., 2005). Para otros miramientos conceptuales véase Gerardo Zuñiga, Los procesos de constitución de territorios indígenas en América Latina, en 153 Nueva Sociedad, pág. 141-155, 1998; BERRAONDO LÓPEZ, supra nota 13, pág. 469-487.

69 Son tales prácticas las que brindan hoy legitimidad a los reclamos territoriales encaminados a redibujar las fronteras étnicas y comunales borradas por las experiencias coloniales y republicanas. Véase a este respecto GERARDO DAMONTE, CONSTRUYENDO TERRITORIOS: NARRATIVAS TERRITORIALES AYMARAS CONTEMPORÁNEAS, pág. 12-13 (2011).

70 Para reflexiones recientes sobre la contraposición persona-objeto en el derecho occidental véase NICOLE GRAHAM, *Landscape: property, environment and law*, pág. 37 ss. (2011). Siempre en sede jurídica, debe revelarse que la separación radical entre sujeto-objeto que plantea la moderna concepción de propiedad se contraponen hoy en día a la teorización holística de la relación entre el hombre y su entorno que fluye de la reformulación de la categoría de los bienes comunes. Para un primer acercamiento véase UGO MATTEI, BENI COMUNI, UN MANIFESTO, pág. 52 (2011). Desde la perspectiva historiográfica, las bases de la moderna separación entre sujeto y objeto han sido reconstruidas, a partir de la Revolución Científica del siglo XVII, en el clásico volumen de CAROLYN MERCHANT, *THE DEATH OF NATURE: WOMEN, ECOLOGY, AND THE SCIENTIFIC REVOLUTION* (1980).

71 Osvaldo Kreimer, *Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios”*, Washington D.C., 7 y 8 de noviembre de 2002, OAS GT/DADIN/Doc.113/03 rev.1, pág. 2, (Feb. 20, 2003).

Son ellas acotaciones símiles a las del relator especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Rodolfo Stavenhagen, quien se refiere a las tierras y territorios de origen “como aquellos territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura, con el que se mantienen unos vínculos espirituales e históricos y, por tanto, constituyen el espacio social en el que una cultura puede trasmitirse de generación en generación”⁷².

Se infiere, por consiguiente, que bajo el discurso de la territorialidad la tierra adquiere un valor eminentemente simbólico, pues en ella se refleja la íntima conexión entre el hombre y su cultura,⁷³ proponiéndose, en definitiva, como un recurso material, cultural y soporte político de la existencia misma de un pueblo⁷⁴.

Ahora bien, en el contexto mapuche dos son los hitos que marcan el inicio, o más bien la exteriorización, del discurso sobre la territorialidad. El primero se aprecia en el desarrollo de la tendencia “nativista” o del “indigenismo radical” promovido en el período 1920-1939 por el dirigente Manuel Aburto Panguilef. El planteamiento de la territorialidad se perfila desde las comunidades rurales más tradicionales frente a los problemas e injusticias derivados de la implementación de la radicación y de la política abolicionista de las reducciones de inicios del novecientos. La iniciativa, dirigida por Aburto Panguilef en el seno de la Sociedad Mapuche de Protección Mutua Loncoche (1916) y en su continuación, la Federación Araucana (1922), luchó por preservar las tradiciones y prácticas culturales originarias, denunciar los abusos y las usurpaciones y criticar las políticas estatales contra el territorio mapuche. Esta perspectiva permitió al dirigente mapuche, en las palabras de la historiadora Florencia Mallon, visualizar la problemática de las tierras, ya no sólo ligada a la propiedad o a la tierra como medio de producción, sino que también como sitio de memoria histórica y reproducción cultural⁷⁵. De esta forma, y por primera vez, nos informa Bengoa, se iba articulando un discurso indigenista centrado no en la educación ni en la integración –tendencia común de asociaciones indigenistas post reduccionales como La Sociedad Caupolicán Defensora de la Araucanía de 1911– sino en la tierra, la radicación, las usurpaciones y los atropellos que ocurrían diariamente en el campo⁷⁶. El mismo Aburto Panguilef se opondrá a la ley de división de las comunidades de 1927, proponiendo en cambio, la

72 Rodolfo STAVENHAGEN, *Informe del Relator sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas*, E/CN.4/2002/97, pág. 19, (Feb. 4, 2002).

73 GILBERT, *supra* nota 23, pág. xiv y xvi.

74 Véase, BENGUA, *supra* nota 2, pág. 299.

75 FLORENCIA E. MALLON, *LA SANGRE DEL COPIHUE. LA COMUNIDAD MAPUCHE DE NICOLÁS AILÍO Y EL ESTADO CHILENO 1906-2001*, pág. 87 (2004); ROLF FOERSTER Y SONIA MONTECINO, *ORGANIZACIONES, LÍDERES Y CONTIENDAS MAPUCHES: 1910-1970*, pág. 36 y 50 (1988).

76 BENGUA, *supra* nota 4, pág. 389.

ampliación de las extensiones indígenas mediante una segunda radicación y llegando incluso a proclamar, a fines del 1931, la República Indígena.

En esta lectura, el espacio reduccional, concebido como lugar físico segregado del resto de la sociedad chilena, es revalorizado en cuanto permite la reproducción material de la cultura mapuche como base para reivindicar su territorio e identidad frente al Estado⁷⁷. Surge, entonces, una nueva aspiración que ve en la fórmula jurídica de los títulos de merced una herramienta apta para perpetuar las prácticas culturales ligadas a la ancestral noción de territorialidad. La iniciativa, si bien sucumbió frente a otros movimientos indigenistas de carácter integracionista, merece aquí ser revalorizada como primer antecedente histórico en el cambio de eje de la reclamación mapuche por la tierra.

Un segundo momento del discurso territorial se abre paso bajo el régimen militar, a raíz de la ejecución de la política neoliberal de división de las comunidades indígenas realizada mediante los Decretos Leyes 2.568 y 2.570. Como enseña Víctor Toledo Llancaqueo, la intervención estatal impulsó nuevos procesos de reconstrucción de la territorialidad donde la categoría neocolonial de reducción ha sido reemplazada por las categorías territoriales mapuche⁷⁸. Dicha redefinición comportó un cambio radical en la demanda sobre tierras: de la “propiedad comunitaria”, en la forma de radicación, el problema se transforma en uno “territorial”. Ya no reclaman tierras, agrega el historiador, sino un continuo espacial, un territorio con sus aguas, sus especies y sus suelos cultivables, como también su derecho a participar de las decisiones que afecten a ese territorio. De esta manera, el conflicto territorial que se desarrolla a partir de la década del 90 pone al centro del debate la disputa del “espacio”, entendido como lugar de preservación de la cultura y supervivencia mapuche. Fue así que bajo la iniciativa de asociaciones como Ad Mapu, Fundación Instituto Indígena, los Centros Culturales Mapuche y el Consejo de Todas las Tierras, el movimiento mapuche exigió la restitución de aquellas extensiones que no fueron reconocidas en los títulos de merced, es decir, de las tierras ancestrales, integrando en una misma demanda la problemática de las tierras, recursos y espacios acumulada en los distintos momentos de la historia republicana⁷⁹.

Ni el fin del gobierno militar, ni el ulterior proceso de recuperación democrática prestaron soluciones a la reclamación territorial mapuche. El texto definitivo de la Ley Indígena de 1993, vital progreso en el reconocimiento del pluralismo jurídico de nuestro país, ignoró las demandas mapuche en materia de tierras y recursos naturales⁸⁰. El concepto de territorialidad, nos dice José

77 MALLON, *supra* nota 75, pág. 87; BENGÓA, *supra* nota 4, pág. 398.

78 TOLEDO LLANCAQUEO, *supra* nota 22, pág. 74-75.

79 *Id.*, pág. 97; 105; 107.

80 José Aylwin, *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile: Un balance a la luz de un convenio no ratificado* (El No 169 de la OIT), en, TERRITORIO Y TERRITORIALIDAD

Aylwin, que en el anteproyecto de ley se intentó tímidamente incorporar a través de la figura de las áreas de desarrollo indígena, no fue incluido en la ley debido a los temores de fragmentación del Estado⁸¹. Dicho evento estimuló la revitalización de la reclamación mapuche mediante la formación de nuevas organizaciones con objetivos de patente carácter territorial. Paralelamente, la creciente influencia de los procesos de reconocimiento de derechos territoriales de los pueblos indígenas en experiencias comparadas, como en la arena del derecho internacional, dio pie a la ampliación de la demanda mapuche a los ámbitos de la autonomía política, económica y cultural de sus espacios⁸².

Iniciativas y organizaciones tales como el Congreso Nacional del Pueblo Mapuche de 1997 o el movimiento Identidad Mapuche Lafkenche de Arauco han recogido la suma de los planteamientos históricos y de los sucesivos desarrollos del derecho internacional, proponiendo la reconstrucción del territorio étnico, entendido como espacio de acceso a recursos materiales y simbólicos, e hilando los términos de autonomía, autogestión, libre-determinación, nación originaria y pueblo sobre la base del reconocimiento de la territorialidad^{83, 84}.

EN CONTEXTO POST-COLONIAL. ESTADO DE CHILE - NACIÓN MAPUCHE, pág. 10, 14 (Jorge CALBUCURA y Fabien LE BONNIEC (editores), 2009). Con todo, debe notarse como excepción relevante al escaso reconocimiento de derechos sobre recursos naturales, la norma contenida en el artículo 64 de la Ley 19.253 relativa a los recursos hídricos de los pueblos del desierto de Atacama. A ello debe sumarse el texto de la reciente Ley 20.249 (Diario Oficial, Feb. 16, 2008), que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios. Para más antecedentes sobre implicancias e interpretación extensiva de dichas declaraciones véase Manuel Núñez Poblete, *Diritto e diritti dei popoli indigeni nel Cile repubblicano*, en I DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI IN AMERICA LATINA 115-118, (Sabrina Lanni Ed., 2011).

81 José Aylwin, *Políticas públicas y pueblos indígenas: El caso de la política de tierras del estado chileno y el pueblo Mapuche*, pág. 15 y 23 (Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco, 2002) <http://lanic.utexas.edu/project/laoap/claspo/dt/0006.pdf> (Nov. 19, 2011).

82 Id., pág. 23-24; DIANE HAUGHNEY, NEOLIBERAL ECONOMICS, DEMOCRATIC TRANSITION AND MAPUCHE DEMANDS FOR RIGHTS IN CHILE, pág. 71 (2006).

83 El detalle de las diversas propuestas en el ámbito de la nueva orientación de la demanda mapuche es objeto de análisis en AYLWIN, *supra* nota 81, pág. 25 y ss. Más antecedentes sobre referente de la territorialidad en actual reclamación mapuche en Fabien Le Bonniec, *Las identidades territoriales o como hacer historia desde hoy*, TERRITORIALIDAD MAPUCHE EN EL SIGLO XX, pág. 31 ss. (Roberto Morales ed., 2002); Pablo Marimán, *Recuperar lo propio siempre será fecundo*, en id., pág. 51 ss.; José Aylwin, *Tierra y territorio mapuche: un análisis desde una mirada histórica jurídica*, en id., pág. 121 ss.

84 Un notable ejemplo de colaboración institucional en la reivindicación de derechos territoriales ancestrales es el soporte conferido por la Fundación Instituto Indígena a las comunidades de Mitrauken (Francisco Cayul y Kuymentu Pewen), en la comuna de Lonquimay, que culminó en agosto de 2008 con la recuperación de las tierras de veranadas, esto es, de los territorios ancestralmente ocupados por las comunidades para el piñoreo o pastoreo durante periodo de estío. Para detalles, véase. JUAN JORGE FAUNDES M., NUTUYIÑ TAIÑ MAPU. RECUPEREMOS NUESTRA TIERRA, cap. 5 (2011).

Como afirma el antropólogo Álvaro Bello, en la actualidad los mapuche, sus organizaciones e intelectuales plantean que su organización básica, el lof, se ha adaptado a los cambios reafirmando el concepto de comunidad bajo dos pilares básicos y fundamentales. Se trata, citando al poeta mapuche Elicura Chiuailaf, del tuwun, fundamento básico de la familia anclado en el espacio físico en el cual se ha nacido, crecido y desarrollado la gente, y del kypalme, lazo sanguíneo que une a la comunidad familiar de los hermanos, hijos todos de la Madre Tierra, resueltos a vivir ocupando un espacio territorial determinado⁸⁵.

Las nociones aquí expuestas pueden ser resumidas en la fórmula empleada en el Informe Tierras y Territorio Mapuche presentado por la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche en el marco de los trabajos de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. En la actualidad, se indica: “los mapuche buscan la recuperación de todas las tierras usurpadas en los títulos de merced, la de los títulos de comisarios, las recuperadas durante la reforma agraria y también las tierras ancestrales fuera de los títulos de merced y que les permiten exigir la recuperación de fundos completos para reconstruir su antigua territorialidad y resolver los problemas de pequeñas porciones de tierras disponibles que no permiten el kúme mogen, o el vivir bien⁸⁶.”

6. TERRITORIALIDAD Y PROPIEDAD INDÍGENA

Del recorrido historiográfico aquí reseñado se impone una necesaria pregunta. ¿Qué rol corresponde a la noción de propiedad en el nuevo escenario de reclamación de tierras mapuche? Ciertamente, la noción no ha sido relegada a un segundo plano. Una lectura atenta del actual contexto jurídico permite articular en el reconocimiento de la propiedad indígena un fundamental aspecto de la reclamación mapuche: aquel vinculado a la base material, es decir, el espacio geográfico y los recursos naturales, sobre la cual se desarrollan las demás dimensiones de la territorialidad, esto es, el espacio social, cultural, espiritual, político, entre otros.

Pero ello no es todo. En el reconocimiento de la propiedad indígena debe, asimismo, leerse el germen de la territorialidad y, por tanto, la garantía del goce efectivo de otros derechos básicos del pueblo Mapuche. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al admitir que “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la

85 BELLO, *supra* nota 4, pág. 103.

86 Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Vol. III, Tomo II, pág. 964, disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_II.pdf

protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”⁸⁷. De esta manera, la doctrina de la corte permite relacionar directamente el reconocimiento de la propiedad –incluso como prerrequisito– con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y de residencia⁸⁸.

La noción de propiedad territorial que emerge a la luz de la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tiene una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque en su garantía se observa una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas⁸⁹.

Todo lo anterior cobra vital importancia para el pueblo Mapuche, pues en medio de un sistema jurídico que encasilla aún hoy el reconocimiento de las tierras indígenas en la noción del colectivismo propietario del derecho civil, esto es, el derecho al suelo y no al entorno físico y cultural, se desarrolla un “concepto alternativo de propiedad territorial” que reconoce y confiere al instituto aquel doble contenido, material y espiritual, del que debe gozar plenamente un pueblo para preservar su cultura y asegurar su subsistencia⁹⁰.

87 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) Serie C No. 125, párr. 120 (c) (junio 17, 2005).

88 Véase Comisión Interamericana de Derecho Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, pág. 1-2, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (2009).

89 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Corte IDH. Serie C No. 146, párr. 133(a) (29 de marzo de 2006). Para detalles sobre reconocimiento gradual del derecho de propiedad de pueblos indígenas en el sistema interamericano de justicia y derecho internacional ver: S. James ANAYA, *INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW*, pág. 141 (2004); Gabriella Citroni y Karla I. Quintana Osuna, *Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Interamerican Court of Human Rights*, en *REPARATIONS FOR INDIGENOUS PEOPLES: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES*, pág. 317 ss. (Federico Lenzerini ed., 2008); Jo M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 27 *Wis. Int'l L.J.* 1, pág. 51, 2009; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra nota 88; Jérémie Gilbert y Cathal Doyle, *A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent*, *REFLECTIONS ON THE UN DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES*, pág. 289 ss., (Stephen Allen y Alexandra Xanthaki eds., 2011). Véase además, entre nosotros, Gonzalo Aguilar Cavallo, *El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno*, en 11 *IUS ET PRAXIS* num 1, pág. 269-295, 2005.

90 Es el concepto que se desarrolla en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del emblemático Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, Serie C No. 79, párr. 148, 149 (agosto 31, 2001). Análisis exhaustivo en: FELIPE GÓMEZ ISA, *EL CASO AWAS TINGNI CONTRA NICARAGUA*:

En esta dimensión, la tierra no es considerada un bien, sino parte íntegra del ambiente necesario para el desarrollo y continuidad de la cultura tradicional, adquiriendo, por ende, un eminente carácter simbólico-espiritual.

En suma, el nuevo concepto de propiedad indígena permite garantizar los valores culturales del pueblo Mapuche en su relación con los territorios ancestrales, desplazando, por cierto, el empleo de la fórmula reduccionista de la propiedad codificada. Nos encontramos, por tanto, frente a una nueva categoría jurídica, diferenciada y autónoma del derecho civil, que requerirá adecuación normativa y jurisprudencial atendido no sólo el desafío que conlleva la reciente aprobación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁹¹, sino además el reto de abrazar la *cosmología jurídica alternativa* que fluye de la relación holística, y de allí filial, de la sociedad mapuche con su tierra⁹².

-
- NUEVOS HORIZONTES PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2003); James Anaya y Claudio Grossman, *The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A new Step in the International Law of Indigenous People*, 19 ARIZ. J. INT'L & COMP. L., pág. 1-15, 2002. Véase también, Jérémie Gilbert, *Custodians of the Land. Indigenous Peoples, Human Rights and Cultural Integrity*, CULTURAL DIVERSITY, HERITAGE AND HUMAN RIGHTS. INTERSECTIONS IN THEORY AND PRACTICE, pág. 35 (Michael Langfield, William Logan y Máiréad Nic Craith, eds., 2010); KAREN ENGLE, THE ELUSIVE PROMISE OF INDIGENOUS DEVELOPMENT. RIGHTS, CULTURE, STRATEGY, pág. 130 (2010).
- 91 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), 72 Official Bull. 59, *entrada en vigor* 5 de septiembre de 1991. El convenio, en vigencia en Chile desde el 15 de septiembre de 2009, establece que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, respetando la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios. Ver Convenio 169 artículos 14.1 y 13.1. Véase Matías Meza-Lopehandía Glaesser, El Convenio N. 169 de la OIT en el sistema normativo chileno, en LAS IMPLICANCIAS DE LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO N. 169 DE LA OIT EN CHILE, pág. 116, 149, 151-152 (2ª ed. revisada y aumentada, 2010); EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL DERECHO CHILENO (Jorge Contesse Singh ed., 2012).
- 92 Para las innumerables consideraciones antropológicas que nacen de este especial vínculo se reenvía inicialmente a: Juan Sánchez Curihuentro, *El Az Mapu o sistema jurídico mapuche*, 2 REVISTA CREA, pág. 29, 2001; Carlos M. Quezada Muñoz, *supra* nota 26, pág. 213. Pueden, asimismo, ser útiles las reflexiones comparativas de SILVIA PÉREZ-VITORIA, *Il ritorno dei contadini*, pág. 27 (2007); MAKERE STEWART-HARAWIRA, THE NEW IMPERIAL ORDER: INDIGENOUS RESPONSES TO GLOBALIZATION, pág. 32-42 (2005); DAVID SUZUKI Y PETER KNUDTSON, WISDOM OF THE ELDERS. SACRED NATIVES STORIES OF NATURE, pág. 51-74; 149-174 (1992); Grimaldo Rengifo Vásquez, *The Ayllu, THE SPIRIT OF REGENERATION: ANDEAN CULTURE CONFRONTING WESTERN NOTIONS OF DEVELOPMENT*, págs 89 ss. (Federique Apffel-Marglin y Pratec eds., 1998).

CÓMO LA PRÁCTICA PROCESAL ANULA LOS DERECHOS INDÍGENAS

Juan Manuel Salgado

Abogado, profesor adjunto de teoría del derecho de la Universidad de Comahue. Ex fiscal federal y ex juez penal; asesor de la Confederación Mapuche Neu-quina, presidente de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena y Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (Río Negro/Neuquén - República Argentina).

INTRODUCCIÓN

La incorporación de los Estados latinoamericanos al sistema de los tratados internacionales de derechos humanos ha tenido el efecto de modificar el punto de partida teórico del orden jurídico. Su eje fundante ya no puede encontrarse en el Estado sino en los derechos de los habitantes, individuales o colectivos que éste tiene la obligación de garantizar¹. Sin embargo, pese a los claros enunciados de los textos constitucionales y de los tratados internacionales, las normas de inferior jerarquía así como las conductas de los operadores jurídicos suelen estar apegadas a un paradigma de orden jurídico anterior a la vigencia del sistema de derechos humanos.

En este contexto, los pueblos indígenas y sus miembros se enfrentan a diario con prácticas judiciales que no resguardan para ellos el lugar que señalan los tratados y reconocimientos internacionales. Una ideología jurídica colonial formada durante siglos, para la cual el Estado y la cultura de sus miembros constituyen una civilización superior, se mantiene incólume en las normas procesales y en el sinnúmero de decisiones cotidianas que expresan la cara del sistema jurídico frente a las víctimas de la colonización.

En el presente trabajo expondré las incoherencias que resultan de hacer prevalecer por encima de los derechos de los pueblos indígenas formas procesales diseñadas para un contexto social de uniformidad cultural. Las reflexiones teóricas que siguen han sido fundadas básicamente en experiencias prácticas en la provincia del Neuquén, Argentina, donde la constitución de un Estado monocultural posterior a una guerra de conquista contra los mapuches a fines del siglo XIX, asentó un sistema de actuación jurisdiccional prácticamente impermeable a la realización efectiva de los derechos del pueblo vencido².

1 AGUSTÍN GORDILLO, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Cap. V, pág. 2- 3 (1998).

2 Excede al propósito de este trabajo hacer una reseña histórica de la colonización realizada por el Estado argentino sobre los territorios que hasta la segunda mitad del siglo XIX

1. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL

En la aplicación de los mecanismos procesales, tanto en el ámbito del procedimiento civil como en el del penal, la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas apenas ha tenido efecto en los tribunales de localidades pequeñas o medianas y zonas rurales, alejadas del control que ejercen las publicaciones jurídicas y de la mirada de los especialistas académicos.

Se hace así necesario enfocar la práctica procesal real en estas circunscripciones judiciales –que es donde existen litigios con pueblos indígenas– para advertir inconsistencias que en el plano teórico no se manifiestan en toda su magnitud. Un relato acerca de las prácticas del sistema judicial en estos contextos resulta mucho más instructivo y nos brinda una imagen diferente sobre la vigencia efectiva de los derechos humanos que la enseñada en la academia.

Para tener una idea de la amplitud de la brecha existente en Argentina –entre el universo de las normas con sus principios de unicidad, jerarquía, coherencia y completitud, y el comportamiento estatal real en regiones rurales tenidas como “marginales”– conviene abordar primero el marco jurídico vigente que las autoridades estatales aluden en sus informes dirigidos a los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

La República Argentina ha ratificado la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales³. Ha aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴, del Comité de Derechos Humanos⁵, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁶ y del Comité de Derechos

ocupaban los pueblos indígenas mapuche y tehuelche, así como advertir las consecuencias jurídicas actuales de dicha conquista militar. Sin embargo, corresponde señalar que aquella acción estatal debe ser calificada como genocidio de acuerdo a las características señaladas en el texto de la convención internacional orientada a la represión de este delito.

3 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO N° 169), 72 Official Bull. 59, entrada en vigor 5 de septiembre de 1991, en adelante el Convenio 169.

4 En el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la misma, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el Instrumento de Ratificación, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos3.htm> (diciembre 10, 2012).

5 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N° 16) p. 59, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrada en vigor 23 de marzo de 1976, ratificado por Argentina el 8 de agosto de 1986.

6 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 UNTS 195, *entrada en vigor* 4 de enero de 1969. El 5 febrero de 2007, Argentina

Económicos, Sociales y Culturales⁷, en el tratamiento de las denuncias individuales contra el Estado. La Corte Suprema, por su parte, viene reiterando hace veinte años que los tratados internacionales deben aplicarse por los tribunales interiores del país, aún en ausencia de legislación que los reglamente, tomando como guía la interpretación que hacen los órganos internacionales de aplicación y control⁸.

Todo ello parecería señalar la existencia de una saludable renovación en las prácticas judiciales signadas por el acercamiento a la jurisprudencia internacional de derechos humanos, un conocimiento cotidiano acerca de sus tendencias y el abandono de las normas de inferior jerarquía que impiden u obstaculizan el cumplimiento de los tratados.

Sin embargo, poco o nada de ello ocurre en las regiones más alejadas, con importante presencia indígena, donde las ondas expansivas de esta renovación jurídica no sólo han perdido todo ímpetu inicial sino que, incluso, son resistidas por los poderes fácticos locales de gran influencia en los tribunales.

No estamos aludiendo a la normal lentitud que adopta la jerarquía de funcionarios estatales en adecuar sus decisiones a los cambios legislativos, sino a algo más profundo. Difícilmente podría explicarse con esta demora la omisión de tener en cuenta tratados generales que llevan más de veinte años ratificados, jurisprudencia constitucional de principios de los años noventa, o normas que garantizan los derechos de los pueblos indígenas que ya datan de más de una década. Se trata más bien de una resistencia que encuentra su raíz en motivaciones propias de la historia, política y sociología regionales y en el mantenimiento de un *status quo* discriminatorio que el sistema de derechos humanos es concluyente en querer remover.

2. EL OBJETO DE ESTE TRABAJO

Aunque este artículo versará sobre las enseñanzas teóricas respecto a la inadecuación de las normas procesales adquiridas en experiencias de litigios judiciales que involucran demandas del pueblo mapuche en la provincia del Neuquén, la mayoría de ellas encuentra réplicas similares en otras

declaró que, de acuerdo al artículo 14, incisos 2 y 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, se designa al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) como el organismo para recibir y considerar peticiones de individuos que reclaman ser víctimas de violaciones a de derechos protegidos por dicha convención.

7 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008. Argentina lo ratifica el 24 de octubre de 2011.

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ekmekdjian Vs. Sofovich, Sentencia 7 de julio de 1992. Véase, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Comunidad indígena Eben Ezer Vs. Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción, Sentencia de 30 de septiembre de 2008.

jurisdicciones de la República Argentina con presencia indígena, como Formosa, Salta o Tucumán.

Sin embargo, no pretendo internarme en una descripción de la rigidez de las relaciones de poder en ámbitos rurales y su influencia en la corporación de funcionarios judiciales, ni es mi intención agregar una denuncia internacional más a las numerosas que se han realizado al respecto. Pretendo, más bien, describir una lógica normativa procesal excluyente del reconocimiento de la diversidad cultural, así como de los mecanismos argumentativos utilizados para soslayar la aplicación de las normas protectoras de los derechos humanos de los pueblos indígenas. De esta forma será posible advertir los conflictos existentes entre el derecho internacional de los derechos humanos y la legislación interna, anterior a su recepción, que regula los procedimientos judiciales.

Resulta necesario recordar la distinción básica entre las normas procesales, o formales, y las materiales. Las primeras, tanto en el ámbito de los procesos civiles como en los penales, tienen como finalidad garantizar que las decisiones constituyen una correcta aplicación de las segundas, llamadas también “de fondo” o “sustantivas”, aquellas que determinan las conductas de los habitantes en sus relaciones entre sí o con el Estado (derechos, deberes u obligaciones). En la República Argentina, a esta subordinación lógica se agrega una mayor jerarquía normativa pues las normas materiales que se establecen en los códigos civil, penal, comercial, laboral y de minería son sancionadas por el órgano legislativo federal, en tanto las normas formales o de procedimientos que deben respetar aquellos códigos son de competencia de las provincias. Los tratados internacionales, por su parte, tienen una jerarquía superior a todas las leyes nacionales y a cualquier norma provincial. No sólo lo señala la constitución argentina sino la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹.

Un adecuado funcionamiento de este sistema de producción normativa implicaría que cada vez que el Estado federal, a través de cambios constitucionales, ratificación de tratados o modificaciones legislativas, pone en vigencia normas que reconocen nuevos derechos –como en el caso de los derechos de los pueblos indígenas–, las legislaturas provinciales se encontrarían obligadas a sancionar las disposiciones procesales necesarias para que estos derechos puedan hacerse efectivos a través de un proceso judicial. Si las legislaturas locales no realizan estas modificaciones, los jueces provinciales deberían suplir esta omisión aplicando de modo directo las normas de superior jerarquía adecuando los procedimientos a su cargo.

Estos dos últimos pasos son los que generalmente fallan. La aplicación judicial de los tratados de derechos humanos –especialmente en relación a los pueblos indígenas– se encuentra obstaculizada por omisiones legislativas

9 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 UNTS 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

y jurisdiccionales. Estas últimas, aunque reflejan una voluntad contraria a hacer efectivos aquellos derechos, se expresan mediante una excesiva valoración de las normas procesales que los obstaculizan, una técnica argumentativa que aunque no los cuestiona frontalmente, los sujeta a reglas del juego inconvenientes para su realización. Lo que pretendo explorar en el presente trabajo es, precisamente, la lógica normativa contraria a los derechos colectivos de los pueblos indígenas que sustenta esta retórica procesal.

3. PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO PROCESAL

Nuestros derechos públicos latinoamericanos, concebidos a partir de la idea de la unidad Estado-Nación, tienen una génesis estructuralmente refractaria al reconocimiento de ciudadanías diferenciadas para colectivos humanos culturalmente distintos de la “Nación” oficial. Así se ha elaborado una ideología legal que disuelve las particularidades en una forma de ciudadanía única que, sin explicitarlo, coincide con el hombre medio de la cultura hegemónica presentado como arquetipo de sujeto abstracto universal¹⁰.

Obviamente el derecho procesal no escapa a este paradigma, ni podría hacerlo en tanto es uno de los mecanismos claves para el aseguramiento y producción de la convivencia. Los procedimientos judiciales modernos son institutos empleados por el Estado para resolver conflictos individuales mediante decisiones adoptadas por un tipo especial de funcionarios, los jueces, que están obligados a fundarlas como cumplimiento de directivas generales emanadas de órganos legislativos, las leyes. Una jerarquía de tribunales en donde los órganos superiores revisan las decisiones de los niveles iniciales asegura la mayor uniformidad y regularidad en la aplicación de las leyes.

Concebidos para contextos sociales de homogeneidad cultural, el derecho procesal civil y el derecho procesal penal han evolucionado y ampliado en muchos casos la protección de los derechos individuales. Pero por su propia lógica, consistente en tratar sólo con los aspectos individuales, son instrumentos sumamente defectuosos para abordar las controversias originadas por la emergencia de sujetos políticos colectivos autónomos dentro del Estado, como los pueblos indígenas. Las formas más adecuadas para solucionar conflictos interculturales de este tipo se encuentran en mecanismos de participación política que admitan ciudadanías diferenciadas para los grupos involucrados. Como cada conflicto tiene una historia y una solución únicas e irrepetibles¹¹, el diálogo y la negociación entre el Estado y los pueblos indígenas son insustituibles para asentar una relación que no se

10 Utilizo el término “hombre” con todas sus connotaciones sexistas. Uno de los descubrimientos de los estudios de derecho y género ha sido, precisamente, la develación del “sexo del derecho”. Véase Frances Olsen, *The Sex of Law, THE POLITICS OF LAW. A PROGRESSIVE CRITIQUE*, pág. 453, (David Kairys, ed.1990).

11 WILL KIMLICKA, CIUDADANÍA MULTICULTURAL, pág. 14, (1996).

base en inadmisibles formas de dominación. De allí que la OIT haya señalado reiteradamente que la piedra angular del Convenio 169 sobre pueblos indígenas es “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen”¹².

Sin embargo, pese a su ratificación por la mayoría de los países latinoamericanos, los mecanismos institucionales de participación colectiva son más bien una aspiración que una realidad. Esto ha llevado a que gran parte de los conflictos sean canalizados por la vía judicial mediante reglas procesales concebidas para tratar las controversias individuales (proceso civil) o las acusaciones criminales (proceso penal), deformando el obligado contexto de comprensión de cuestiones que no sólo involucran culturas y cosmovisiones diferentes, sino incluso aquellas que tienen por origen notorias desigualdades colectivas e inadmisibles dominaciones étnicas.

De aquí resulta el principal problema que abordan las categorías clásicas del derecho procesal cuando se enfrentan con la llamada cuestión indígena: de las dos culturas cuyos componentes se hallan en juicio, una de ellas tiene las reglas procesales a su favor. Éstas sólo son neutrales y garantizan la imparcialidad cuando están en juego intereses pertenecientes a la cultura hegemónica, pero en cuanto se pretende que los miembros de los pueblos indígenas se introduzcan en ellas, se advierte que para hacerlo deben dejar de lado precisamente los rasgos colectivos que constituyen su identidad.

La mayor valoración de la prueba escrita (documental) y la “plena fe” de la que gozan los actos realizados por el Estado –incluso cuando no cumple con obligaciones emanadas de tratados internacionales– por sobre las declaraciones de testigos, condena a las culturas basadas en tradiciones orales a un nivel secundario en materia probatoria. A ello se agrega la ineficacia de la declaración de quien participa en el proceso, desconociéndose el valor cultural fundante que tiene la honorabilidad personal en sociedades no estatales¹³, como las indígenas.

Los términos procesales, generalmente breves, no se adecúan a la forma de adopción de decisiones mediante consenso y debates comunitarios, propia de las comunidades indígenas, de modo que éstas se encuentran compelidas a participar mediante apoderados procesales – como procuradores o abogados generalmente extraños a su cultura– perdiendo la sinceridad y transparencia que bien podrían reportarle ventajas en un contacto directo con las autoridades judiciales.

12 Oficina Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación general sobre el Convenio 169, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Informe general y observaciones referidas a ciertos países, Ginebra (2009).

13 WILLIAM I. MILLER, BLOODTAKING AND PEACEMAKING, pág. 249, (1990).

Tales son algunos de los rasgos más notorios de las desventajas indígenas en el ámbito judicial. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que si bien “los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción (...) hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”¹⁴.

En el mismo sentido, el Convenio 169 obliga a todos los órganos estatales a tomar “debidamente en consideración” la índole de los problemas que plantean los pueblos indígenas, tanto colectiva como individualmente, (artículo 5.a) así como también “sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8.1). Estas directivas deberían influir en todos los procesos donde se encuentren involucrados miembros de pueblos indígenas. Sin embargo, como no se han traducido en normas procesales expresas, suelen quedar libradas a la mayor o menor sensibilidad de los jueces respecto de la diversidad cultural.

Aquí es donde entra a jugar el segundo factor que dificulta la expresión de los derechos indígenas en el ámbito procesal y que consiste en la condición marcadamente extraña o incluso hostil a las culturas indígenas por parte de las corporaciones judiciales, cuyos miembros son seleccionados y entrenados en los ámbitos sociales, culturales e ideológicos, responsables de la colonización y dominación raciales.

En una obra ya clásica, Alf Ross sostenía que “el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural”, de allí que “la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamamos ‘razón’ o ‘consideraciones prácticas’ es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa”¹⁵.

Sin embargo, en un Estado intercultural como el que requiere el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, esta tradición hegemónica no puede ser la única admisible. Ello impone a los funcionarios y magistrados un mayor esfuerzo de comprensión y capacidad para exceder los marcos de sentido propios de la cultura en la que fueron educados. Es por ello que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial entiende que dentro de la garantía de un tribunal independiente e imparcial se encuentra como exigencia “que los jueces sean conscientes de la diversidad social y

14 Véase, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), Sentencia, Serie C No. 172, nota al pie No. 63, (noviembre 28, 2007).

15 ALF ROSS, SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA, 96 - 97 (1994).

de las diferencias asociadas a los orígenes, sobre todo raciales”¹⁶. Esta es una aplicación particular en el ámbito de la administración de justicia de requerimientos generales que dicho comité ha formulado a los estados para que “Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación”¹⁷.

De igual modo, el relator especial de Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen ha señalado que “Los funcionarios de la administración de justicia deberían recibir formación intercultural permanente. Los funcionarios de los órganos judiciales deben conocer a los grupos indígenas de su zona. (...) La discriminación contra los pueblos indígenas (así como otras minorías de todo tipo) es muy común. Aunque suele estar relacionada con los prejuicios personales y las actitudes subjetivas de jueces, magistrados, abogados, fiscales y funcionarios del Estado, esa discriminación se debe principalmente al rechazo sistemático de las culturas e identidades indígenas. La administración de justicia no hace sino expresar los valores dominantes de una sociedad, y cuando son contrarios a los pueblos indígenas (que es lo más frecuente), se reflejan en los tribunales”¹⁸.

Si bien los aspectos relacionados con los procedimientos de selección y nombramiento de magistrados no caen dentro de la temática habitual del derecho procesal, en contextos sociales en los que la debida participación política indígena está ausente y las normas de procedimientos judiciales no incorporan los estándares antidiscriminatorios establecidos en los tratados, la circunstancia que los directores del procedimiento desconozcan, o directamente se opongan a los derechos de los pueblos indígenas, tiene indudable relevancia en las prácticas procesales. De ello se dará cuenta con los ejemplos reales de la actividad judicial que seguidamente expondré.

4. PROCESOS SOBRE LA POSESIÓN INDÍGENA

Uno de los aspectos más conflictivos de los vínculos entre los pueblos indígenas y los Estados está constituido por la falta de reconocimiento legislativo de la particular relación de aquellos con las tierras o territorios ocupados tradicionalmente. Tanto el Convenio 169 como la jurisprudencia

16 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 31, relativa a la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal con cita de los principios de Bangalore sobre la conducta judicial, 65° período de sesiones, U.N. Doc. A/60/18, párrafo 98-108 (2005).

17 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997).

18 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2004/80, 26 de enero de 2004.

internacional –especialmente de los órganos del sistema interamericano– prestan especial importancia a los vínculos colectivos que cada cultura indígena mantiene con las tierras que ocupa o utiliza. Muchas constituciones latinoamericanas, entre ellas la Argentina, establecen de modo expreso el derecho de los pueblos o comunidades indígenas al reconocimiento de la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Como lo han señalado con claridad tanto la Corte Interamericana, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta posesión indígena protegida se fundamenta en el derecho a la existencia colectiva diferenciada¹⁹, de modo que no tiene por qué encontrarse determinada por los códigos civiles nacionales que, en general, regulan el instituto posesorio desprendiendo sus principios del derecho individual a la propiedad privada, tal es el caso argentino. Esta regulación del derecho privado funda la posesión en una relación con la naturaleza según la cual el ser humano es el dominador y explotador de ella y sus recursos. En consecuencia, la exteriorización de esta posesión está dada por actos de dominio sobre el suelo, entendiéndolo como una cosa que puede soportar cualquier uso o explotación, incluyendo su enajenación como mercancía. Como se posee “a título de dueño”, la posesión protegida por el Código Civil debe ser continua y excluyente de otros poseedores.

La relación de los pueblos indígenas y de sus miembros con todos los elementos del ambiente, humanos y no humanos, por el contrario, se rige por normas ancestrales de convivencia y respeto mutuo. La “posesión indígena” no se exterioriza en actos de dominio sobre una tierra convertida en objeto, sino en actos de conservación y mantenimiento para la vida común, de modo que caben en ella los usos estacionales –como el pastoreo de veranada– admitiendo la posibilidad de compartir el espacio común, no sólo entre los distintos miembros de comunidades sino también con extraños²⁰

.Sin embargo, pese a la mayor protección que las normas constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos otorgan a la vinculación indígena con las tierras tradicionalmente ocupadas²¹, las normas procesales resultan más aptas para hacer prevalecer los títulos

19 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

20 MARÍA MICAELA GOMIZ Y JUAN MANUEL SALGADO, CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS. SU APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ARGENTINO, pág. 202, (2010).

21 Aún en el caso de conflicto entre derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la pérdida de la propiedad o posesión individual de corte civil, a diferencia de la propiedad o posesión indígenas, puede compensarse mediante una indemnización ya que en aquella prima una concepción mercantilista de la tierra.

privados o estatales, así como las formas civiles de la posesión, por encima de los derechos indígenas.

En numerosos casos, en la provincia del Neuquén los miembros de las comunidades mapuche que realizan actividades estacionales sobre las tierras –pastoreo, recolección de frutos o festividades– encuentran de un año a otro que el territorio tradicional ha sido alambrado por particulares con autorización de las autoridades administrativas. Al utilizar igualmente las tierras pese a los obstáculos levantados por los apropiadores, las comunidades suelen ser demandadas mediante una acción procesal sumarísima (“interdicto de recobrar”) que sólo admite la prueba de la posesión civil. La posibilidad de pericias antropológicas para determinar la relación tradicional indígena con su hábitat ha sido excluida por decisión judicial en todos los casos²². La prueba testimonial más apta para determinar sus derechos también aparece reducida o valorada de modo inferior a los documentos. Estos, a diferencia de los testigos, no están limitados por el número. Por otra parte, como las demandas se suelen dirigir al amplio número de miembros comunitarios que utilizan el territorio, ellos pierden la capacidad para declarar como testigos de su propia causa.

Además los jueces conocen, desde su formación universitaria, los rasgos característicos de la posesión civil que resultan de una legislación uniforme para todo el país con más de cien años de vigencia. Las características de la ocupación indígena, en cambio, son variables de región en región, de pueblo en pueblo y de comunidad en comunidad. Sus signos pueden estar ocultos ya que no se dejan rastros manifiestos de su utilización ancestral y en los casos en que el uso tolera compartir el territorio con particulares “blancos”, ello se juzga en contra de sus pretensiones posesorias.

Consecuentemente, a los ojos de los jueces la posesión civil aparece distinguida con claridad y de modo simple, en contraposición con la ocupación tradicional indígena que tras el tamiz de las limitaciones probatorias resulta dudosa por difusa, discontinua e indocumentada. En estas condiciones, los tribunales han dispuesto el desalojo anticipado en carácter de medida cautelar, decisión que la propia ley procesal autoriza. De estas órdenes de desalojo las comunidades toman conocimiento antes del traslado de la demanda, ya que los oficiales de justicia y la policía las hacen cumplir de modo previo.

Así, las normas protectoras de los territorios indígenas pasan a discutirse en condiciones probatorias desfavorables y luego del desalojo comunitario. Después de obtenida la decisión que se buscaba, los demandantes no tienen necesidad de una sentencia rápida puesto que la desocupación fue dispuesta previamente, de modo que los juicios supuestamente sumarísimos se alargan indefinidamente. Como ejemplo ilustrativo, ninguno de los cuatro desalojos

22 Pese a que el artículo 8.1 del Convenio 169 obliga a conocer las costumbres y el derecho consuetudinario indígena.

dispuestos preventivamente en el centro de la provincia del Neuquén en 2009, tiene sentencia definitiva tres años después.

5. LOS PROCESOS POR USURPACIÓN

Las dificultades para que las formas propias de la ocupación territorial indígena quepan en los moldes procesales también tienen lugar en los procesos penales, especialmente en aquellos donde los miembros de las comunidades son denunciados por el delito de usurpación. La redacción de este tipo penal protege la tenencia, o la posesión inmueble, de los despojos por mano propia, pero la práctica judicial lo circunscribe a la protección de la tenencia o posesión reguladas por el Código Civil, aun en conflicto con los usos tradicionales indígenas de ocupación territorial.

Ya relatamos los casos de apropiación privada de tierras de ocupación estacional. En ellos habitualmente la demanda de desalojo va reforzada con denuncias de usurpación que la justicia penal atiende con prontitud, sin interrogarse sobre la diferente relación con la tierra y el superior nivel de protección que goza este aspecto de la cultura indígena. También se han iniciado procesos por ese delito en situaciones en que las tierras ocupadas de modo permanente por las comunidades indígenas están bajo títulos de propiedad de particulares a quienes sus miembros no permiten ingresar.

Las normas procesales de la instrucción penal sólo se dirigen a la comprobación de la existencia del hecho y la semiplena prueba de responsabilidad del imputado. Pero ni el hecho ni la responsabilidad son sucesos transparentes y neutros a las valoraciones culturales. Se trata de construcciones fáctico-jurídicas donde los términos utilizados por la ley penal remiten a universos de sentido propios de cada grupo social. “Posesión”, “tenencia”, “despojo”, “ilegitimidad”, etc., no son datos inequívocos de la naturaleza sino conceptos sociales, elaborados en una red de costumbres y prácticas culturales. Sin embargo, las normas procesales, concebidas para conflictos internos en una misma sociedad, se transforman en pautas de supremacía de una cultura sobre otra cuando se aplican como si se tratara de reglas neutrales.

La posesión indígena o, mejor dicho, la relación indígena con sus tierras o territorios pasa, de este modo, a ser una cuestión desplazada por los caracteres de la posesión civil concebida como un dato universal y transversal a todas las culturas. La falta de requerimiento, en los códigos procesales, de exigencias relativas a la prueba del mundo cultural diferente de los imputados, unida a la negativa de los operadores judiciales a dar a la cultura indígena el status que le garantizan las constituciones y los tratados, conduce a la invisibilidad de la vida colectiva diferente, como algo ajeno a los fines de la investigación penal.

De este modo, decidiendo que era extraña al objeto procesal, ha sido rechazada reiteradamente la prueba pericial antropológica solicitada con el fin de demostrar que las formas indígenas de posesión son diferentes de aquellas legisladas por el derecho privado. Prueba “inconducente”, “superflua” o “irrelevante”, han sido algunos de los calificativos utilizados para negar su producción.

Los debates a que ha conducido tal cuestión exhiben el rostro discriminatorio de las categorías abstractas propias del derecho procesal penal cuando se aplican a contextos de conflicto intercultural. Los derechos del imputado indígena se disuelven en una idea general de “imputado” donde el sustantivo indígena queda en el camino como un adjetivo desechable. Y así como el imputado genérico no tiene ninguna garantía para reclamar una pericia antropológica, tampoco la tiene el imputado indígena, al que no se concibe sino como una particularidad de aquel concepto abstracto. Pretender lo contrario, han dicho en una ocasión los jueces de una Cámara de Apelaciones, sería violar la igualdad ante la ley²³.

Parece inútil argumentar que los tratados obligan a tomar debidamente en consideración la especificidad de los pueblos indígenas, sus usos y derecho consuetudinario incluyendo las propias del área penal. Si tales normas no tienen cabida en los moldes procesales se esfuma su vigencia.

6. LOS PROCESOS POR DESOBEDIENCIA

Con las imputaciones de desobediencia ocurre similar ceguera cultural, aunque tal vez de un modo más nítido. El tipo penal reprime a quien desobedece a un funcionario público en ejercicio de sus funciones y se fundamenta teóricamente en que en muchas ocasiones el Estado exige un comportamiento determinado a sus ciudadanos, sin que éstos estén habilitados a discutir en ese momento la legalidad de la orden, salvo supuestos extremos que no vienen al caso.

Este delito, pensado en términos abstractos, exhibe uno de los rasgos fundamentales de la organización social a través de un estado. Tal como lo señalara Hobbes, el soberano se erige como garante del orden social y para ello cuenta con el poder incondicional de exigir obediencia a sus súbditos²⁴. Aunque este principio ha sido algo morigerado en siglos posteriores, continúa siendo una pieza central en los ordenamientos jurídicos centrados en el Estado moderno.

Se trata, sin embargo, de una construcción conceptual difícil de aceptar y comprender para quienes desarrollan su vida colectiva en sociedades

23 Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Resolución 438/09 en expediente N° 1253, 2009.

24 THOMAS HOBBS, LEVIATÁN O LA MATERIA, FORMA Y PODER DE UNA REPÚBLICA ECLESIÁSTICA Y CIVIL (1999).

horizontales, con una idea de la autoridad carente de poder de coacción autónomo y cargada de responsabilidades, cuya observación permite el consenso que la sostiene. En la cultura mapuche, como en la de muchos pueblos indígenas, la obediencia a la autoridad es sólo el reverso del correcto desempeño de ésta.

De modo que la exigencia de una obediencia incondicionada a un Estado que, por su parte, no cumple con sus obligaciones básicas hacia los pueblos indígenas –reconocimiento de su autonomía y del control de sus territorios– aparece como un contrasentido para los miembros de las comunidades mapuche. Una incomprensible arbitrariedad²⁵.

Lo mínimo que se puede pedir en un proceso penal que desata visiones tan encontradas acerca de los derechos y obligaciones para con la sociedad, es que los tribunales se preocupen por conocer a fondo las características del mundo cultural de los imputados. Esta obligación no sólo se encuentra en las normas ya mencionadas sino que ha sido resaltada por numerosos instrumentos relativos a la aplicación de la justicia penal en contextos de diversidad cultural²⁶.

Pese a ello, como los códigos procesales no cuentan con normas apropiadas para adecuar la aplicación de la ley penal en ámbitos culturalmente heterogéneos, no se admite que la vida colectiva indígena pueda dar diferentes significados a conceptos como obediencia y autoridad. De este modo la realidad queda recortada según el formato de un procedimiento que deja de lado precisamente aquella parte del mundo social que las normas de jerarquía superior obligan a tomar en cuenta.

7. EL USO DEL IDIOMA PROPIO

Razones históricas y específicamente relativas a la igualdad procesal fundamentan el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a expresarse en su propio idioma en actuaciones administrativas y judiciales²⁷. Por una parte, a diferencia de otras minorías nacionales, los pueblos indígenas vivían libremente en sus territorios y fueron incorporados contra su voluntad a los sistemas estatales de organización social, de modo que el reconocimiento del derecho al uso del idioma propio constituye una forma de cumplir con la obligación de reparar injusticias históricas. Pero además, en el marco de

25 Tania Vaca Narvaja, Vaniria Mela, y Juan Manuel Salgado, *Legalidad y legitimidad en los pueblos originarios y en el Estado moderno*, ponencia presentada al XIII Congreso Nacional de Filosofía, Universidad Nacional del Comahue, República Argentina.

26 Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, supra nota 16, así como los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial allí citados (E/CN.4/2003/65, anexo).

27 El derecho a expresarse en el propio idioma figura en el artículo 12 del Convenio 169 y en el artículo 13 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/61/295, (13 septiembre de 2009).

los procesos judiciales y especialmente en los juicios penales, es común que si bien los imputados indígenas pueden hablar utilizando la lengua estatal, se expresan con más soltura, libertad y de un modo más adecuado a su universo cultural en el idioma propio. Por ello, el principio de “igualdad de armas” o “equivalencia de condiciones”, que forma parte del derecho a tribunal independiente e imparcial, debiera permitir a los imputados indígenas expresarse en el lenguaje que mejor manejan, de igual manera que los funcionarios de la acusación lo hacen con el suyo.

Los jueces, sin embargo, son renuentes a reconocer este derecho, posiblemente porque su práctica exhibe de un modo contundente y práctico la existencia de un espacio cultural diferente al que ellos apenas acceden. El poder judicial de la provincia del Neuquén cuenta con numerosos funcionarios auxiliares de la justicia, pero ninguno de ellos es intérprete de idioma mapuche, pese a que es una de las jurisdicciones con mayor presencia indígena en la Argentina y, sin duda, la que más conflictos judiciales tiene con estos pueblos. Cuando ha sido solicitada la presencia de intérprete para que los imputados se expresen en su idioma originario, la decisión denegatoria fue argumentada en que el código procesal sólo admite “el idioma nacional” en las actuaciones judiciales²⁸.

CONCLUSIONES

Podrían señalarse muchos más ejemplos de reducción al mínimo de los derechos de los pueblos indígenas mediante la aplicación de inadecuadas categorías procesales no concebidas para sus conflictos, pero los presentados son suficientes para ilustrar este fenómeno. Mi interés es mostrar que al no desarrollarse un procedimiento legal que resguarde la igualdad en sociedades pluriculturales, las leyes procesales así como las formas argumentativas habituales tienen el efecto de reducir a extremos de inexistencia los derechos indígenas.

Como ya señalé, las actuales normas de procedimiento han sido concebidas bajo el paradigma del Estado culturalmente homogéneo. Sin embargo, el nuevo reconocimiento de los Estados como pluriculturales o plurinacionales no puede ser una declaración vacía de efectos en la vida cotidiana de los operadores jurídicos. Por el contrario, admitida constitucionalmente la existencia legítima de colectivos humanos culturalmente diferenciados, también en los procedimientos legales ha de tener relevancia, en tanto las diferentes partes en litigio esgrimen diversos ámbitos de legalidad y legitimidad propios de los distintos contextos sociales en donde estos conceptos se producen y aceptan. Un proceso adecuado a la vigencia de los derechos

28 Jueza Carina Álvarez, resolución de octubre de 2009 en el expediente N° 5455, 2007 del Juzgado Correccional de Zapala.

humanos, por ende, no puede menos que reflejar esta diversidad y evitar que la cultura hegemónica continúe sobreponiéndose y anulando a las sometidas. De lo contrario las normas establecidas en los tratados continuarán siendo torturadas y extinguidas en los laberintos procesales kafkianos de la supremacía racial propia de la cultura dominante.

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y CONVENIO 169:
LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS
COMO CONSECUENCIA DE SOLUCIONES INCOMPLETAS**

Luis Cordero Vega

Doctor en derecho. Profesor de derecho administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

ANTECEDENTES

Desde el ingreso al Congreso Nacional del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹ en 1991², la estrategia de sus opositores se concentró en cuestionar los supuestos sobre los cuales descansaba y que podrían afectar ciertas reglas constitucionales.

Aunque, como lo han demostrado algunos estudios recientes, la política pública en materia indígena ha pasado por distintas etapas y orientaciones, la consecuencia común ha sido el tratamiento desprolijo de los efectos de dichas regulaciones en las comunidades indígenas³.

El debate previo a la dictación del Convenio 169 se redujo a las cuestiones planteadas en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del año 2000, que hizo suya la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables de un tratado internacional para resolver los problemas de constitucionalidad planteados⁴. Además, adelantó una serie de posiciones sobre la aplicación de determinadas reglas⁵. Aunque el TC rechazó el requerimiento, estableció criterios de interpretación que reafirmaría con

1 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ILO N° 169), 72 Official Bull. 59, *entrada en vigor* 5 de septiembre de 1991.

2 Para una revisión de los 17 años de tramitación legislativa: Cámara de Diputados de Chile, Acuerdo relativo al Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, Boletín 233-10, *disponible* en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=531&prmBL=233-10 (Enero 31, 2013).

3 Ver en este sentido: Santiago Montt y Manuel Matta, *Una visión panorámica al Convenio 169 y su implementación en Chile*, 121 REVISTA DE ESTUDIOS PÚBLICOS, pág. 175- 188 (2011); MANUEL NÚÑEZ POBLETE, *NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS*, pág. 13-47 (2010).

4 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309, agosto 4, 2010 (Chile). Sobre el desarrollo teórico de estas cuestiones, entre otros dualismo y monismo, véase *Id.*

5 Véase, José Miguel Valdivia, Alcances jurídicos del Convenio 169, en 121 REVISTA DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2011).

posterioridad y que han tenido efectos hasta hoy, por ejemplo, en materia de participación ciudadana.

En efecto, durante 2008, en el control de constitucionalidad del Convenio 169, se insistió en la manera de entender y comprender la participación ciudadana, afirmando que no podía constituir una consulta vinculante y que ésta no implica una negociación obligatoria, sino una manera de “recabar opinión”⁶.

A partir de su dictación, partidarios y detractores han concentrado sus esfuerzos en aplicar directamente las reglas del convenio a un conjunto de hipótesis o bien restringir sus efectos. Desde el punto de vista del derecho administrativo, tal discusión se planteó fundamentalmente en materias procedimentales, específicamente respecto de la aplicación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Parte de esto se explica por dos razones: por una parte, se trata del único procedimiento integrado de observación y autorización de proyectos de inversión, de modo que inevitablemente convergen en él potestades e intereses diversos que lo convierten en un proceso deliberativo y complejo de administrar. La segunda razón se relaciona con la aprobación parlamentaria, en 2009, de la reforma a la institucionalidad ambiental que agregó al artículo 4º, un inciso segundo que mandató la aplicación del Convenio 169 a todos los instrumentos de gestión ambiental⁷.

6 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1050, abril 3, 2008 (Chile). Ésta señaló expresamente: “13º. Que la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6º del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución; 14º. Que ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1º de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5º de la misma Ley Fundamental”.

7 La Ley N° 20.417 agregó al artículo 4º de la Ley N° 19.300 una norma del siguiente tenor: “Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, artículo 1, (enero 26, 2010) (Chile).

1. LA ESTRATEGIA DE IMPLEMENTACIÓN

Tras la promulgación del convenio, el Ejecutivo adoptó como estrategia la dictación de un Decreto de Ejecución para el artículo 34 de la Ley Indígena⁸, el Decreto Supremo N° 124 de 2009, en adelante el Decreto 124, que estableció un criterio general de participación de las comunidades indígenas. Su publicación se realizó con anterioridad a la entrada en vigencia del instrumento internacional como una manera de afirmar su cumplimiento. Entre los antecedentes utilizados se encontraban las normas de los artículos 6° y 7° del convenio⁹.

Aunque el Ejecutivo reconoció en los considerandos del Decreto 124, que éste constituía un modelo de consulta transitorio mientras se definía con los pueblos originarios un sistema de consulta permanente¹⁰, la experiencia demostró que, más bien, se pretendía que fuera un sistema definitivo. Así, la estrategia gubernamental fue doble: por un lado, sostuvo que, para efectos de la participación indígena, entendía por “medidas administrativas” las “políticas, planes y programas”¹¹ tratando, por esa vía, de excluir los “actos administrativos” de contenido singular como la Resolución de Calificación

8 La Ley N° 19.253, establece normas sobre protección fomento y desarrollo indígena y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Octubre 5, 1993) (Chile). Su artículo 34 señala expresamente que: “Los servicios de la administración del Estado y los organismos de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.”

9 El Decreto Supremo N° 124, de 2009, reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas (Septiembre 25, 2009) (Chile) (en adelante el Decreto Supremo 124). Entre sus considerandos cita los artículos 6 y 7 del Convenio 169. Asimismo, el artículo 1 señala que la obligación de escuchar y considerar a las organizaciones, conforme lo establece el artículo 34 de la Ley N° 19.253, se materializa a través de la consulta y participación de los pueblos indígenas, consagrada en los artículos 6, N°1, letra a) y N° 2 y el artículo 7, N°1, oración final.

10 En los considerandos del Decreto Supremo N° 124, se indica expresamente: “8) Que una vez que el Convenio entre en vigencia, los artículos 6, N° 1, letra a) y N° 2, y 7, N° 1, oración segunda del Convenio N° 169 pasarán a formar parte de la legislación vigente, ya que dichas normas tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otros trámites como fuente del derecho interno; 9) Que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha señalado que, en aquellos casos en que los mecanismos para llevar a cabo la consulta no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios con miras al ejercicio efectivo de ésta; 10) Que se dará inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 N° 1 letra a) y N° 2, y 7 N° 1 oración segunda del Convenio N° 169”.

11 El inciso tercero del artículo 14 del Decreto Supremo 124 indica que son: “Medidas administrativas son las nuevas políticas, planes y programas, con excepción de aquellos contemplados en el artículo 21 de este reglamento, elaboradas por los órganos de la administración del Estado señalados en el artículo 4° del presente reglamento, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”.

Ambiental¹². Por otra parte, se afirmaba que para los casos en que se ejecutaran proyectos de inversión en tierras indígenas –refiriéndose obviamente al SEIA– en los cuales existieran procedimientos de participación específicos, se debían ajustar a los procedimientos específicos, dando a entender que se cumpliría con el estándar de consulta establecido por el Convenio 169¹³.

Tal estrategia fue ampliamente rechazada, esencialmente porque constituía una manera de limitar la aplicación del convenio, imponiendo una improvisada y restringida forma de dar cumplimiento a las obligaciones del tratado¹⁴.

La práctica legal y, en especial, la manera en que los tribunales han abordado la aplicación del convenio en relación a las reglas de participación indígena dentro del SEIA, demostrarán que la estrategia del Ejecutivo de sustraer de las reglas de aplicación del tratado al SEIA fue un rotundo fracaso, primero porque las cortes nunca aceptaron la definición reglamentaria de “medidas administrativas” y, segundo, porque progresivamente fueron reconociendo en el SEIA, la necesidad de aplicar los estándares del convenio utilizando herramientas de derecho administrativo.

Lo anterior, ha permitido a muchos afirmar que implementación del Convenio 169 es una de las razones que explica la judicialización de los proyectos al interior del SEIA. En mi opinión, tal conclusión es equivocada, como lo trataré de demostrar a continuación.

12 Esta línea argumentativa se encuentra resumida en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, dictada en causa Rol 148- 2010, del 26 de mayo de 2010, y la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictada en causa Rol 1705, de fecha 21 de enero de 2010.

13 El artículo 5° del Decreto Supremo 124 establece: “Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253, cuando corresponda, serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contemplan en las respectivas normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la administración del Estado competente podrá, además, aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento. En este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial”.

14 Por ejemplo, Montt y Matta, supra nota 3, en 197, afirman que: “Más allá de su invalidez formal un tanto vergonzosa, creemos que el Reglamento de Consulta y Participación comete todos los errores que debían evitarse. En vez de crear un procedimiento que tratara a los pueblos indígenas con la dignidad que corresponde y que se constituyera en un benchmark nacional en materia de participación ciudadana, el citado Reglamento aparece como un absurdo intento de última hora por burlar el derecho de participación de los pueblos indígenas. El hecho que además se hayan excluido de su aplicación las empresas del estado y las municipalidades termina por desafiar la lógica y las intenciones detrás de su promulgación”.

2. LA REACCIÓN INICIAL DE LA CORTE SUPREMA: LA AFECTACIÓN Y COMPATIBILIDAD FORMAL

En el caso Puelma Ñanco, la Corte Suprema¹⁵ revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁶ validando la opinión técnica de la autoridad ambiental, al sostener que si ésta afirmaba que no existía afectación a comunidades indígenas, entonces no era procedente la exigencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Lo que subyacía a la decisión de la Corte Suprema era, que si tal afectación se producía, entonces era procedente un EIA y en tal caso, también la participación indígena, de conformidad con las reglas generales de ese procedimiento.

Dicho de otro modo, para la jurisprudencia de la Corte Suprema, se cumplía con las exigencias del Convenio 169 si lo que se tramitaba era un EIA, pues en tal caso existiría una etapa de participación ciudadana que debía incluir, por lo tanto, no se produciría un problema de validez. En opinión de alguna literatura de derecho administrativo, esa parecía ser la solución correcta¹⁷.

Esta tesis de la Corte Suprema se hizo explícita en el caso del Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia¹⁸, que fue evaluado mediante un EIA, respecto de los cuales la corte señala que la participación ciudadana contemplada cumplía con los estándares de la consulta establecidos en el Convenio 169. El ministro Brito emitió un voto disidente, que para casos posteriores sería determinante. En su opinión, el problema no era la compatibilidad de la participación, sino la fundamentación del acto administrativo aplicando un razonamiento de la Ley N° 19.880¹⁹. En los casos señalados, la Corte Suprema validó la aplicación del Decreto Supremo N° 124 porque, como indica su artículo 5°, si los proyectos de inversión disponían de un procedimiento de participación sectorial, éste implícitamente conllevaba el cumplimiento del estándar del convenio. Hasta ahí, para la corte eran válidas las homologaciones formales.

15 Corte Suprema, Puelma Ñanco y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, Sentencia Rol 1525 – 2010, (Mayo 17, 2010) (Chile).

16 Corte de Apelaciones de Temuco, Puelma Ñanco y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía, Sentencia rol 1705-2010 (enero 21, 2010) (Chile).

17 Véase Valdivia, supra nota 5, pág. 61.

18 Corte Suprema, Nahuel pan y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Ríos, Sentencia Rol 4078-2010, (octubre 14, 2010) (Chile).

19 Id., el ministro Brito sostuvo en su disidencia que: “Así las cosas, la decisión atacada incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere. Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica no igualar para los efectos de resolver”.

3. LA REACCIÓN RECIENTE: UNA IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DEL ESTÁNDAR

La tesis de la Corte Suprema de 2010, progresivamente se fue sofisticando durante 2011. En el caso de la estación de Transferencias Lanco-Panguipulli, la Corte Suprema confirmó el criterio aplicado en las sentencias Puelma Ñanco y Nahuelpan²⁰, al utilizar el concepto de afectación para delimitar la procedencia de un EIA o Declaración de Impacto Ambiental (DIA). En ese caso, la corte consideró que si tal afectación se producía, entonces lo legalmente admisible era la presentación de un EIA, precisamente porque éste permitía la participación ciudadana. Sin embargo, en ese caso la corte advirtió sobre los estándares de la consulta, al señalar que “la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 contemplando, además, los estándares del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales”²¹.

Un criterio semejante aplicó la corte en el caso del Plan Regulador de San Pedro de Atacama²², al cuestionar la presentación de una DIA, pese a que la totalidad de los planes reguladores y sus modificaciones se realizaban por esa vía²³. En ese caso, la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, siendo mucho más explícita al afirmar que si se dictaba un acto administrativo que podía afectar a una comunidad indígena y no se llevaba a cabo la participación exigida por el Convenio 169, se produciría una ilegalidad que invalidaba el acto administrativo que otorgaba la autorización ambiental²⁴. En este caso, la corte obvió la alternativa del EIA y sostuvo que la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones no

20 Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6062-2010, (enero 4, 2011) (Chile).

21 Id., considerando tercero.

22 Corte Suprema, Sentencia Rol 258- 2011, (julio 13, 2011) (Chile).

23 Para un análisis del procedimiento de aprobación de los planes reguladores ver Eduardo Cordero Quinzara, *El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*, en 29 REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (Valparaíso, Chile, 2007).

24 Corte Suprema, supra nota 22 señala: “7°. Que sin embargo, pese a que el objetivo primordial del nuevo instrumento de planificación territorial que se pretende implementar en la comuna de San Pedro de Atacama pareciera ser -como se indicó en el motivo anterior- el desarrollo sustentable de esa localidad y la preservación de la cultura indígena allí existente, no se ejecutó el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N°169 de la OIT, cuyo artículo 4° previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos (...). 10°. Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido”.

podía sustituir a la exigida por el convenio²⁵, lo que derechamente implicaba cuestionar la ilegalidad de la resolución de calificación ambiental favorable por omisión de la consulta específica exigida en el Convenio 169. En este caso, además, la corte transformó en doctrina la prevención del ministro Brito en el caso Nahuelpan y, en consecuencia acogió e incluyó la exigencia de fundamentar el acto administrativo al incumplir el deber legal de consulta²⁶.

Todavía más, la Corte Suprema recientemente reafirmó su criterio. En el caso del Parque Eólico de Chiloé²⁷, cuestiona la omisión de los hallazgos arqueológicos sosteniendo que la participación voluntaria, aunque consignada, no puede considerarse sustituta de la exigida en la Ley Ambiental y en el Convenio 169, porque en tal caso las “(...) reuniones voluntarias de acercamiento e información con la comunidad respecto de los alcances del proyecto, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha, por cuanto el desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario,

25 Id., la sentencia señala: “8° Que las instancias de participación que aduce haber utilizado la recurrida y que corresponden a las establecidas en el artículo 2.1.11 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones para la aprobación del instrumento de planificación, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha. En efecto, las empleadas en este procedimiento de evaluación consistieron en informar a los vecinos acerca de las singularidades del instrumento de planificación territorial propuesto y de sus efectos, junto con los criterios considerados respecto de cada uno de los contenidos el Plan Regulador Comunal; en realizar audiencias públicas en los barrios o sectores más afectados para exponer el proyecto a la comunidad; y en consultar la opinión del Consejo Económico y Social comunal en sesión citada expresamente para este efecto. Sin embargo, desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados, cuya gestación, en la especie, habría tenido en miras la protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad. Es decir, la autoridad administrativa recurrida aspira a allanar las dificultades que están experimentando las comunidades indígenas atacameñas provocadas por las nuevas condiciones de vida y de trabajo que les impone el vertiginoso desarrollo del área geográfica de San Pedro de Atacama, prescindiendo de la participación y cooperación de éstas. En otras palabras, es posible constatar que se ha optado para la elaboración de un instrumento de planificación territorial que atañe a toda una cultura indígena, sin atender a elementos de análisis propios de la realidad por la que se reclama, como son su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones”.

26 Id., la sentencia señala: “9° Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”.

27 Corte Suprema, Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Lagos, Sentencia Rol 10.090 – 2011 (marzo 22, 2011) (Chile).

no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto”²⁸.

Por tal motivo, la corte obliga al proyecto a ingresar por EIA, pero con la advertencia que el estándar de participación debe ejecutarse de conformidad a lo señalado en el convenio. Una vez más, la Corte Suprema afirma que la ilegalidad es consecuencia de la “obligación de fundamentación de los actos administrativos”.

A su vez, en el caso de Sondajes de Prospección Paguanta²⁹, la corte volvió a confirmar su criterio en una doctrina que terminó por transformarse en uniforme. En efecto, se trata nuevamente de un caso donde existía una DIA que, ésta vez, afectaba directamente un área de desarrollo indígena. Pero además, la corte se ampara para resolver en la oposición de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que sistemáticamente advirtió sobre la improcedencia de la declaración. Al igual que en el caso del Parque Eólico, la corte afirma que no es posible homologar la participación exigida por el Convenio 169 a mecanismos de consulta realizados al margen del SEIA, porque lo que se busca con el sistema de consulta a las comunidades es “influir en la gestación y forma de desarrollo” del proyecto. Además insiste en que actuar de ese modo implica violentar la “obligación de fundamentación” de los actos administrativos³⁰.

Recientemente, la corte confirmó el caso del Proyecto Minero el Morro³¹ que, a diferencia de los anteriores, cuestionó la omisión de la consulta y participación ciudadana en la tramitación de un EIA, de modo que transformó el problema en una cuestión de igualdad entre los afectados, reclamando la aplicación correcta de las normas de participación del Convenio 169.

4. LAS ENSEÑANZAS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL CONVENIO 169 SE INSERTA EN LA PROGRESIVA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL³²

Como se ha analizado, la ambigüedad con la cual la administración enfrentó la aplicación de la reglas de participación ciudadana, obligó a la Corte Suprema a definir progresivamente estándares para explicar, con reglas de

28 *Id.*, considerando octavo.

29 Corte Suprema, “Marcelo Condore Vilca con Comisión de Evaluación de la I Región de Tarapacá”, Sentencia Rol 11.040- 2011, (marzo 30, 2012).

30 *Id.*, considerando noveno.

31 Corte Suprema, Comunidad Agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de Evaluación de III Región de Atacama”, Sentencia Rol N° 2211- 2012, (abril 27, 2012) (Chile).

32 Las ideas que a continuación se exponen provienen de un trabajo de mi autoría denominado *Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte Suprema está revolucionando la regulación ambiental?*, ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO UDP, pág. 359-375, (2012).

derecho interno, la participación exigida en el Convenio 169. Pero esto no ha sido una novedad en la jurisprudencia reciente de ésta porque sostenidamente ha procedimentado los conflictos entre particulares y el Estado, especialmente en materia ambiental.

4.1 La regla general es la amplitud del acceso a la jurisdicción

A partir de estas situaciones, algunos han pretendido ver una judicialización del SEIA y, en consecuencia, una seria afectación de las inversiones debido a eventuales errores cometidos por la administración, la ambigüedad y/o vacíos del marco legal vigente, lo que genera una gran conflictividad para los proyectos privados. En mi opinión razonar de ese modo es persistir en los errores de diagnóstico y de implementación de adecuadas políticas públicas. En efecto, en el sistema chileno la impugnación de los actos administrativos está reconocida como una garantía para los ciudadanos, que adquiere el carácter de protección constitucional como recientemente lo reconoció el Tribunal Constitucional³³. Esa garantía tiene tres manifestaciones evidentes. Por un lado, el principio de que todo acto administrativo puede ser impugnado

33 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2009-2011, (agosto 4, 2011) (Chile), considerandos: “Trigésimo Primero: Que, el artículo 19, inciso segundo, frase final, del proyecto de ley en estudio establece que, en contra de las resoluciones que clasifiquen a los establecimientos educacionales, de acuerdo al artículo 17 del proyecto, los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 procederán sólo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”. “Lo anterior, restringe una de las Bases Generales de la Administración del Estado a que alude el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, así como la Ley N° 18.575, dictada en su virtud, habida cuenta de que coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, incluido por esta ley en su artículo 2°, al señalar, en términos amplios, que ‘todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes’” (se destaca lo pertinente). “Por lo que tal reducción es inconstitucional, ya que no aparece justificado que la resolución específica de que se trata sólo pueda ser objetada, por vía administrativa, únicamente en esos dos supuestos, excluyendo los otros a que naturalmente se puede extender la invalidez de un acto administrativo. Como tampoco aparece razonable menoscabar el régimen recursivo general con el designio de inmunizar las decisiones de un servicio público en particular, cuyo es el caso de la Agencia de Calidad. Por dichas razones se declarará inconstitucional la referida parte del inciso segundo del artículo 19 del proyecto”. “Trigésimo Segundo: Que el artículo 86 del proyecto de ley, que señala que contra la sanción de amonestación no procederá recurso alguno, será declarado inconstitucional por este Tribunal”. “Ello contraría el principio constitucional de impugnabilidad, en cuya virtud todo acto administrativo, sin excepción, puede ser revisado a instancias del afectado, sea que acuda ante el propio emisor o bien ante un tribunal, previamente o con posterioridad a que éste produzca efectos, de conformidad con lo prescrito en los artículos 7° y 38 de la Constitución Política de la República, y 2°, 3°, inciso segundo, y 10 de la Ley N° 18.575”. “En efecto, no existe fundamento alguno que justifique cometer una derogación singular, esto es abolir para este caso particular el principio general de que todo acto administrativo es siempre reclamable. Ni aún a pretexto del aparente ínfimo rigor de éste, si se considera que un conjunto de amonestaciones a firme podría producir efectos adversos en contra del sancionado, al consolidar un estado de reprochable conducta por su parte”.

mediante los recursos reconocidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado³⁴ y en la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos³⁵, que ya estaban internalizados en la práctica legal chilena desde la década del 60, incluida la revisión de oficio llamada habitualmente invalidación³⁶.

Por otro lado, el expedito acceso a la impugnación de la actuación de cualquier organismo administrativo por la vía del recurso de protección –que ha actuado como verdadero contencioso administrativo– y por la acción de nulidad de derecho público, sin reglas de agotamiento de la vía administrativa previa, aumentan la probabilidad de cuestionar un acto de la administración cualquiera sea su tipo³⁷.

Finalmente, el acceso a la solicitud de un dictamen de la Contraloría General de la República y la manera en que este organismo lo utilizó como mecanismo de control de legalidad, ha implicado que sea un contencioso administrativo de facto, basado en un simple derecho de petición, que se traduce en amplios poderes sobre los actos y procedimientos dictados³⁸.

Como se podrá apreciar, desde el punto de vista del diseño institucional, la manera en que se interpreta constitucionalmente la impugnación de los actos administrativos lleva a que el costo del litigio para el que impugna sea bajo, pues la exigencia constitucional impone el deber de permitir el acceso expedito a la jurisdicción. Bajo esas condiciones, si existen condiciones materiales para un conflicto, entonces el acceso a la impugnación resulta inevitable. En otros términos, lo que explica la existencia de conflictividad no son las prácticas erradas o la implementación del Convenio 169; por el contrario, se trata de una condición estructural de diseño institucional que se ve potenciado por el SEIA como procedimiento administrativo integrado.

34 Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBGAE, (Diciembre 5, 1986) (Chile), véase artículos 2 y 10.

35 Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en adelante LBPA, (Mayo 29, 2003) (Chile), véase artículo 15 y Capítulo IV.

36 “Los decretos y resoluciones se pueden dejar sin efecto por un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) principalmente por tres causales: a) por ilegalidad, b) por el incumplimiento de una obligación prevista por la ley o por el propio acto cuya sanción específica es la extinción del mismo, y c) por ser contrario al interés público en general o específicamente de la entidad emisora del acto. Respectivamente estos modos de extinción corresponden a la invalidación, caducidad y revocación. La invalidación que consiste en la extinción de un acto administrativo por violación del derecho objetivo (Constitución, ley, reglamento) no tiene límites para ser ejercida en lo que respecta a los posibles derechos adquiridos por los administrados. Los principios fundamentales del estado de derecho impiden que se puedan adquirir derechos al amparo de una violación de preceptos constitucionales, legales o reglamentarios”. Contraloría General de la República, Dictamen 89.271 (Noviembre 22, 1966) (Chile).

37 JUSTICIA ADMINISTRATIVA (Juan Carlos Ferrada Bórquez, coordinador, ed., 2005).

38 Luis Cordero Vega, La jurisprudencia administrativa: entre el juez activista y el legislador positivo, ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO UDEP, pág. 165-188, (2010).

4.2 El SEIA como procedimiento integrado que permite deliberación pública y privada

Como se sabe, para la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente³⁹, la EIA corresponde el procedimiento a cargo de la autoridad ambiental competente que, en base a un estudio o DIA, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes⁴⁰. Desde esa perspectiva, el SEIA es un procedimiento administrativo especial destinado a la evaluación ambiental de los proyectos y actividades que, de conformidad con el artículo 10 de la LBGMA, son susceptibles de causar impacto ambiental.

El procedimiento finaliza con una autorización⁴¹, la Resolución de Calificación Ambiental, de carácter vinculante para los organismos administrativos asociados a la calificación ambiental⁴², como se explicará más adelante.

Así, desde la perspectiva procedimental, la característica que aparece con más fuerza en la conceptualización del SEIA es aquella que lo identifica con un “procedimiento complejo”; esto es, el SEIA tendría un propósito integrador⁴³, lo que se manifiesta en la existencia de un conjunto de informes sectoriales que sirven de base para la evaluación, así como en la pretensión de la LBGMA de operar como una especie de ventanilla única de todos los permisos ambientales considerados por nuestra legislación⁴⁴,

39 Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante LBGMA, (Marzo 9, 1994) (Chile).

40 *Id.*, artículo 2° letra i).

41 Juan Carlos Laguna De La Paz, *definición: Autorización administrativa, Diccionario de Derecho Administrativo*, pág. 277 (2005), indica que la autorización es “(...) el acto mediante el que la Administración habilita a un sujeto para el ejercicio de una actividad (...) previa comprobación que se realizará sin daños para el interés general”, lo que se traduce, en la mayoría de los casos, en la “(...) comprobación de que el solicitante reúne los requisitos previstos en la normativa” respectiva. También en, JUAN CARLOS LAGUNA DE LA PAZ, LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA, pág. 263 (2006). Sobre el particular, ver Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 467, considerando 40 y 41, (Marzo 14, 2006) (Chile); y Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1413, considerando 10, (Junio 17, 2009) (Chile).

42 Jorge Bermúdez Soto, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, pág. 208 (2007).

43 Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo I, pág. 85 (2007).

44 Que el SEIA sea un instrumento que pretende operar bajo la fórmula de la ventanilla única, quiere decir que todos los permisos o pronunciamientos de carácter ambiental que deben o pueden emitir los órganos competentes en relación con un proyecto determinado, necesariamente deben expedirse dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (artículos 8.2. y 9.2. LBGMA). En otras palabras, esta es la única oportunidad e instancia que tienen las entidades públicas competentes para opinar, desde un punto de vista ambiental, sobre el proyecto. No podrán por tanto formularle reparos a éste, de dicha naturaleza, una vez que la Comisión Regional del Medio Ambiente o la Dirección Ejecutiva dicten la correspondiente resolución de calificación ambiental (artículo 24.2, LBGMA).

de manera que los pronunciamientos provengan de una opinión técnica, o bien de procedimientos administrativos diferentes, pero que se agregan al SEIA formando parte de la evaluación ambiental porque se encuentran asociados a permisos ambientales.

Por tales motivos, los problemas al interior del SEIA han terminado siendo debates de derecho administrativo procedimental⁴⁵. En efecto, luego de largos años en que los tribunales no acogían recursos de protección ambiental, de un tiempo a esta parte la corte comenzó a acogerlos, pero no sobre las base de cuestiones ambientales, sino por debates estrictamente de procedimiento administrativos⁴⁶. ¿Es eso producto de un error? No sencillamente, corresponde a un cierto activismo que especialmente la Corte Suprema ha desarrollado en los últimos años en materia de derecho administrativo procedimental, cuestión que se ha manifestado en otras áreas como el decaimiento del procedimiento administrativo, la motivación de los actos administrativos o la invalidación⁴⁷. También es posible observar este activismo en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República.

4.3 En materia ambiental están en juego intereses colectivos lo que incide en la legitimación

Una cuestión que subyace es la atribución a la participación ciudadana de algunas consecuencias, como resultado de la amplia legitimidad que se le reconocería a la comunidad. Se incentivaría aparentemente el litigio, considerando especialmente la reforma de la Ley 20.417 y la aprobación del Convenio 169.

Si esa es la intuición, está errada. En efecto, como se sabe por una amplia literatura disponible en buena parte de los modelos comparados sobre Leyes de Procedimiento Administrativo, éstas son garantías para los ciudadanos y no sólo para someterse al acto administrativo de la autoridad –por ejemplo, el titular un proyecto–, sino que también a terceros que no siendo inicialmente parte de él pueden participar porque se afecta o se puede afectar una situación jurídica susceptible de protección, lo que se denomina “interesado legítimo”⁴⁸.

45 Luis Cordero Vega, Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la Central Termoeléctrica Castilla. Un caso de Derecho Administrativo Procedimental, 3 REVISTA JUSTICIA AMBIENTAL, 2011.

46 Ver en este sentido, Luis Cordero Vega, *Por qué la Corte Suprema se enverdeció*, MERCURIO LEGAL, (noviembre 11, 2011), www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/11/11/Por-que-la-Corte-Suprema-se-enverdecio.aspx

47 Ver en este sentido los trabajos sobre la Corte Suprema y decaimiento del procedimiento sancionador, derecho administrativo sancionador, responsabilidad del estado, y nulidad y derecho público, disponibles en www.elmercurio.com/legal/Analisis/index.aspx?userNameAutor=lordero&tipoPortadilla=Autor

48 LBPA, *supra nota* 35 artículo 21: “Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: 1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o

Así las cosas, es una cuestión pacífica en derecho público que los legitimados para participar en un procedimiento administrativo son relativamente amplios, y también es bastante pacífico que sean ellos quienes tengan derecho a interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales. Lo anterior es especialmente relevante en el caso del medio ambiente, pues corresponde a una condición respecto de la cual los sistemas legales le dan el atributo de “interés colectivo o difuso”, de manera que naturalmente la legitimación se amplía. En ese escenario, la pregunta realmente relevante es: ¿cuál es la intensidad de la legitimación? lo que se traducirá en las medidas que puede adoptar el juez tras la impugnación.

En efecto, como he sostenido en otro momento⁴⁹, lo que está detrás del reconocimiento de la protección de intereses difusos o colectivos, por vía de legitimidad procesal ante el juez administrativo no es menor. Si los titulares de los precitados intereses –cuya delimitación resultará esencial– disponen de facultades para reclamar la decisión de fondo de una autoridad administrativa, es decir, pueden cuestionar la ratio decidendi de la autoridad, ejercen como titulares de una verdad en defensa de los intereses difusos. Esto supone un derecho de participación fuerte, en la medida que les otorga un derecho subjetivo para examinar las razones justificatorias de la decisión administrativa. Si en cambio, los titulares de intereses difusos frente a la administración tienen el derecho a formular alegaciones –con fundamento en sus derechos a emitir opinión, libertad de información y derecho de petición– y la acción conferida sólo se da para exigir la ponderación adecuada de dichas alegaciones, esos titulares disponen de un derecho de participación débil.

La distinción es relevante, pues sirve para dimensionar la intervención intrusiva que podemos reconocer a los jueces en la protección de estos intereses. Si la legitimación es fuerte, entonces los jueces podrán ir más allá de la mera tutela subjetiva –por la naturaleza del interés comprometido y la citada conexión de antijuridicidad–; en cambio, si la legitimación es débil el juez se transforma en garante de los procedimientos de afectación de estos intereses, de manera que sólo podrá anular este tipo de mecanismos.

Esto explica que los efectos de la distinción de fundamentos de legitimidad en los recursos administrativos y luego judiciales en el SEIA, entre el titular y la comunidad, se traduzcan en que el primero pueda obtener protección directa de los derechos que afirma lesionados. En cambio, la

colectivos. 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. 3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.

49 Luis Cordero Vega, *Procedimientos contenciosos administrativos y protección de intereses difusos y colectivos*, PROCEDIMIENTO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN AMÉRICA LATINA, pág. 359-383, (Christian Steiner ed., 2009).

comunidad sólo podrá optar, como máximo, por la nulidad o invalidez de los procedimientos.

De este modo, no se puede sostener que a partir de que una comunidad interponga reclamos, en razón de que sus “observaciones no fueron debidamente ponderadas”, podrá obtener una recalificación. La lógica de darle derecho al recurso administrativo y a la acción jurisdiccional, responde a que incluso teniendo un derecho de participación débil –ya que por esa vía no puede solicitar tutela sobre otros derechos– se puede reclamar la rectitud del procedimiento y, en consecuencia, su validez.

4.4 ¿Qué puede explicar la conflictividad?

Si lo que hemos explicado con anterioridad está más bien vinculado a cuestiones estructurales del sistema de impugnación de los actos administrativos, a lo que se agregan las cuestiones estructurales de legitimidad procesal en el caso del medio ambiente ¿qué explica la “percepción” de conflictividad?

Es una tendencia habitual, luego de la jurisprudencia analizada, que las razones de la judicialización de proyectos son: la magnitud del proyecto, implementación del Convenio 169, los mecanismos de participación ciudadana, la inadecuada distribución de cargas ambientales, la insuficiencia del SEIA en la estrategia energética nacional y delimitación de la línea de base.

En mi opinión, la mayoría de ellas se encuentra vinculada a que el SEIA es un procedimiento administrativo que internaliza el déficit de la política pública general, que por su diseño jamás estará en condiciones de solucionar, lo que explica una de las reformas a la institucionalidad ambiental⁵⁰. Por ejemplo, los proyectos de magnitud enfrentan un déficit evidente de política pública en materia de las reglas de Ordenamiento Territorial (OT)⁵¹. La ausencia de definición de reglas claras *ex ante* frente al desarrollo de un proyecto específico y la prolífica cantidad de reglas de OT y otras de protección ambiental, o de biodiversidad de carácter inorgánico sobre el territorio⁵², generan, como consecuencia inevitable, la conflictividad entre los vecinos de un proyecto y el titular, de manera que cuando la regla no está definida por la regulación general, termina el SEIA indicando la regla de localización de un modo inadecuado, internalizando los costos asociados a su funcionamiento. Entre ellos se encuentra la impugnación de las decisiones, dado que, como se ha demostrado, el costo del litigio ambiental es bajo.

50 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, pág. 13 y 14 (2010), disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459>.

51 Eduardo Cordero Quinzara, *El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos*, en 29 REVISTA DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (2007).

52 Véase para la dispersión normativa, disponible en www.proyectogefareasprotegidas.cl/documentos/documentos-del-proyecto/ (última visita 25 de enero de 2013).

CONCLUSIÓN

El caso de la implementación del Convenio 169, con indiferencia de las particularidades propias del derecho indígena, es un buen ejemplo de lo inadecuado que resulta implementar políticas públicas con propósitos elusorios.

En mi opinión, la conflictividad generada en la implementación del Convenio 169 es responsabilidad en buena parte del Ejecutivo, que trató de evitar su aplicación en el único procedimiento, que como se ha visto, internaliza los defectos de la regulación sectorial: el SEIA. ¿Esto era predecible? Absolutamente. La Corte Suprema aplicó en el caso del Convenio 169 la misma metodología de otros casos ambientales, es decir, lo importante son para los ojos del derecho administrativo el procedimiento para decidir. Si éste está sano, el acto que emana de él también.

Sería un error creer que tras estos casos existe una especie de activismo judicial en materia indígena y ambiental, lo que hay es una advertencia de la corte sobre cuáles son los aspectos procedimentales para legitimar una decisión administrativa que las autoridades administrativas no deberían olvidar.

CONOCIMIENTO MAPUCHE Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Salvador Millaleo Hernández

Abogado de la Universidad de Chile y doctor en sociología de la Universidad de Bielefeld. Se ha especializado en sociología de la tecnología, sociología del derecho, políticas de la identidad y ciberpolítica. Ha sido *research fellow* en la Universidad de Bielefeld. Profesor del Centro de Estudios de Derecho Informático de la Universidad de Chile, de la Universidad Diego Portales y Universidad Alberto Hurtado.

INTRODUCCIÓN

El capitalismo requiere de la comodificación de los bienes y servicios; es decir, convertirlos en propiedades transables e intercambiables dentro del desarrollo de la división del trabajo. La construcción de lo alienable así como las relaciones contractuales para su transferencia son condiciones normativas de la expansión del capitalismo. El conocimiento representa un claro desafío ya que, a pesar de estar codificado, en general no se encuentra ni posee una rivalidad que le otorgue valor a partir de su escasez. Dicha condición, y tal escasez, es construida a partir de la generalización de los derechos de propiedad intelectual que, mediante monopolios temporales, aseguran la alienabilidad y la exclusividad en el uso del conocimiento¹.

El llamado capitalismo tecnológico², o cognitivo³, asume la ciencia y la tecnología como los elementos más importantes de la producción económica en función de lo cual requiere someterlos a un estricto control, en el sentido de conseguir su apropiación y transferencia. Los derechos de propiedad intelectual permiten que las ideas específicas sean cerradas como exclusivas y apropiadas mientras que los contratos de servicios y empleo aseguran el control de esas propiedades a los capitalistas de las industrias de la cultura y la ciencia gracias a las transferencias de derechos que hacen los autores⁴.

1 CHRISTOPHER MAY, A GLOBAL POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. THE NEW ENCLOSURES?, (2000).

2 RICHARD NELSON & S.G. WINTER, AN EVOLUTIONARY THEORY OF ECONOMIC CHANGE, (1982).

3 OLIVER BLONDEAU, NICK DYER, WHITHEFORD, CARLO VERCELLONE, ARIEL KYROU, ANTONELLA CORSANI, ENZO RULLANI ET AL, CAPITALISMO COGNITIVO, PROPIEDAD INTELECTUAL Y CREACIÓN COLECTIVA, (2004).

4 Christopher May, *Commodifying the 'Information Age': Intellectual Property Rights, the State and the Internet*, 1 SCRIPT 3, pág. 415, (2004).

A partir de los años setenta, la transformación productiva ha marcado la historia del derecho de propiedad intelectual generando una expansión de su alcance –desde el derecho del autor y las patentes, hasta los nombres de dominio, diseños de semiconductores o las denominaciones geográficas, entre otros–, de las materias cubiertas –software, genética, semillas por ejemplo–, la extensión y convergencia de su protección –de la legislación nacional a un régimen global gracias al TRIPS⁵–, el plazo de protección –de 50 a 70 años en el caso del derecho de autor– y los recursos legales que los protegen.

Por su parte, los conocimientos tradicionales han sido marginados y desacreditados por una sociedad moderna que entrega las formas de reproducción simbólicas a la ciencia, el arte y otras esferas especializadas, manejadas por expertos y desacopladas de las formas de vida comunitaria. Frente a los conocimientos generales y abstractos acumulados por este tipo de procedimientos, los conocimientos tradicionales y las expresiones del folklore quedan reducidos a meros remanentes ligados a las comunidades específicas que las portan, con valor expresivo e histórico, pero sin validez en la esfera de lo considerado como universal.

Sin embargo, con la expansión de la globalización económica y aun cuando se les mantiene en una jerarquía inferior, en los últimos años ha renacido el interés por dichos conocimientos tradicionales, en tanto constituyen una reserva, o recurso productivo, para los científicos y para las industrias. Por una parte, los avances de la biotecnología, especialmente de la ingeniería genética y la bio-medicina, han incrementado las posibilidades de uso de los recursos genéticos, incluyendo aquellos relacionados con los conocimientos tradicionales. Esto también se aplica a la farmacología, la experimentación con semillas y cosméticos. Por otra parte, la demanda de los consumidores por más medicinas y alimentos “naturales” u “orgánicos” también ha incrementado el interés⁶, así como por la necesidad de innovar a partir de otras formas de vida y diferentes culturas que llaman la atención por su exotismo incluyendo los recursos intangibles de las comunidades.

1. LOS CONCEPTOS EN JUEGO: PATRIMONIO CULTURAL, CONOCIMIENTO TRADICIONAL, EXPRESIONES DEL FOLKLORE Y RECURSOS GENÉTICOS COLECTIVOS

La expansión de la propiedad intelectual ha hecho surgir la preocupación internacional por preservar y estimular la creación cultural de los pueblos indígenas, los cuales han recorrido un largo camino en estas últimas décadas buscando el reconocimiento de sus derechos multiculturales y de

5 TRIPS: Trade-related aspects of intellectual property rights. Acrónimo relativo al comercio de derechos de propiedad intelectual.

6 Martin Girberger, *Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights The Current State of Play at the International Level*, JUSLETTER 26, pág. 3 (2004).

su estatus político como pueblos. El artículo 5 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷ reconoce la facultad de éstos a conservar y reforzar sus instituciones culturales, mientras que el artículo 11.1 indica que tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, lo cual incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales, interpretativas y literaturas. Finalmente, el artículo 31.1 se refiere directamente al derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas, lo cual involucra también el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

La primera noción en juego es la herencia o patrimonio cultural consistente en todo lo que pertenece a una identidad distintiva de un pueblo y que puede ser compartida, si quieren, con otros. Esto incluye todas aquellas cosas que son conocidas como producción cultural del pensamiento y capacidad artesanal, también las herencias del pasado y la naturaleza, tales como restos humanos, características naturales del paisaje y especies con las cuales un pueblo ha estado largamente conectado⁸.

El patrimonio cultural corresponde, en teoría, a un derecho colectivo, aunque los individuos pueden jugar un rol como curadores o transmisores de conocimientos. El patrimonio puede ser compartido con otros, previo consentimiento de todo el grupo, y otorgado mediante un proceso concreto de adopción de decisiones. Las autorizaciones pueden ser revocadas, pues el uso del patrimonio siempre es condicional y provisorio. A diferencia de la propiedad, el patrimonio cultural nunca puede enajenarse. Daes descarta una aproximación en términos de propiedad respecto al patrimonio cultural ya que los pueblos indígenas no conciben derechos exclusivos que proporcionen beneficios económicos (*income rights*), sino responsabilidades colectivas

7 Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, U.N. Doc. G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007).

8 Discrimination against indigenous peoples, Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples, by Erica-Irene Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Chairperson of the Working Group on Indigenous Populations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Forty-fifth session, párrafo 24, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28, (28 July 1993).

que determinan relaciones no excluyentes⁹. Los pueblos tendrían sobre su patrimonio cultural un derecho constante y colectivo de gestión, mediante el cual siempre pueden determinar cómo se van a utilizar los conocimientos, aunque estos puedan ser compartidos con otros pueblos¹⁰.

El conocimiento tradicional, por su parte, consiste en un saber validado y sedimentado por tradiciones grupales o comunidades, de manera que se desarrollan y transfieren por los mecanismos de transmisión cultural disponibles¹¹. Dado que el conocimiento tradicional es fundamentalmente un conocimiento basado y orientado culturalmente, está vinculado indisolublemente a la identidad cultural del grupo o comunidad que lo preserva¹². El conocimiento tradicional contiene saberes acreditados, así como también las innovaciones y creaciones que se originan en la vida de comunidades de conocimiento, sean éstas locales, étnicas o de cualquier otro tipo. Al respecto, las características que ha reconocido la Organización Mundial de la Propiedad Internacional (OMPI) sobre este tipo de conocimiento pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Consisten en innovaciones, creaciones y prácticas originadas y empleadas por comunidades, sobre todo locales e indígenas.
- b) Son transmitidos de generación en generación mediante transmisión cultural a menudo oral.
- c) Son portados de manera común por la comunidad.
- d) Constantemente son mejorados y adaptados a las cambiantes necesidades de sus usuarios¹³.

El conocimiento tradicional constituye un cuerpo acumulativo de conocimientos y creencias traspasados a través de las generaciones por medio de la transmisión cultural –muy a menudo mediante la literatura oral– sobre sus relaciones con seres vivientes, con otros y con su entorno, sin que se encuentre necesariamente codificado¹⁴. Los conocimientos tradicionales son resultado de procesos de aprendizaje en grupos específicos que se encuentran

9 *Id.*

10 Sandra Huenchuan Navarro, *Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas: objetos y enfoques de protección*, REVISTA AUSTRAL DE CIENCIAS SOCIALES, N° 8, pág. 84 (2004).

11 World Intellectual Property Organization, *Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge*, párrafo 33, WIPO/GRTKF/IC/3/7, (2002).

12 World Intellectual Property Organization, *Elements of a Sui Generis System for the Protection of Traditional Knowledge*, párrafo 28, WIPO/GRTKF/IC/4/8, (2002).

13 Rosa Giannina Alvarez, *Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience*, MAX PLANCK YEARBOOK OF UNITED NATIONS LAW, Vol. 12, pág. 493, (2008).

14 World Intellectual Property Organization, *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, pág. 25, (2001).

en entornos también específicos durante un largo período de tiempo, y frecuentemente es compartido de manera comunitaria¹⁵. También existen modelos de control del conocimiento tradicionalmente generado basados en individuos¹⁶. Algunos de estos conocimientos pueden ser utilizados fuera del contexto comunitario, aunque pueden detentar componentes espirituales que no tienen sentido fuera de la respectiva comunidad¹⁷. Dichos conocimientos pueden, o no, poseer un valor comercial actual o potencial.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁸ identifica las siguientes características en los conocimientos tradicionales:

- a) Consisten en conocimientos colectivos, por tanto pertenecen a la comunidad y no pueden ser apropiados en forma individual, a menos que se trate de un tipo de conocimientos reservados sólo para personas iniciadas.
- b) Han sido desarrollados con el aporte de todos sus miembros, antepasados y vivos, y sirven para ser traspasados a las generaciones futuras. El titular de la sucesión es la comunidad indígena.
- c) El acceso y uso de los conocimientos tradicionales se rige por normas consuetudinarias propias. El modo en que se adquieren los conocimientos en cada cultura les da el carácter de tradicionales y no su antigüedad.
- d) No se conoce su origen, pueden ser antiguos o nuevos.
- e) Son resultado de la observación de la realidad y de la experiencia directa.
- f) Son conocimientos integrales, no especializados.
- g) La forma de aprendizaje varía, puede ser intuitiva o muy sofisticada a través de la realización de rituales dolorosos y complejos.
- h) Forman parte del espíritu de las personas y de las energías de las cosas.

15 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 12, págs. 5-6.

16 Susette Biber-Klemm, Danuta Szymura Berglas, Problemas and Goals, RIGHTS TO PLANT GENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE, BASIC ISSUES AND PERSPECTIVES. CAMBRIDGE: THE SWISS AGENCY FOR DEVELOPMENT AND COOPERATION, pág. 18 (Susette Biber-Klemm, Thomas Cottier, Danuta Szymura Berglas Eds., 2006).

17 CARLOS CORREA, LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL. CUESTIONES Y OPCIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, pág. 2 (2001).

18 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales*, UN Doc. TD/B/COM.1/EM.13/2, (2000).

Por su parte, Daniel Robinson agrega las siguientes:¹⁹

- i. Tienen típicamente una naturaleza práctica y se relacionan con recursos naturales.
- ii. Envuelven elementos de innovación, normalmente abierta y acumulativa, y experimentación.
- iii. A menudo se encuentran envueltos en ecosistemas específicos.
- iv. Están típicamente embebidos en las prácticas consuetudinarias, el lenguaje y la herencia cultural.

En otras palabras, los conocimientos indígenas serían los conocimientos tradicionales desarrollados por las propias comunidades reflejando su adaptación a las condiciones históricas y naturales en que han vivido²⁰. La particularidad de los pueblos indígenas es que a menudo mantienen sus propios sistemas legales, los cuales establecen los diferentes tipos de conocimiento, los procedimientos para adquirirlos y compartirlos, así como los derechos y responsabilidades que conllevan²¹.

Otras categorías empleadas en la discusión internacional son las de recursos genéticos y expresiones del folklore. Éstas últimas son entendidas como “producciones consistentes en elementos característicos del patrimonio cultural tradicional que desarrolla y perpetúa una comunidad o individuos que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad”²². Como tales, son la acumulación de elementos fijos y no fijos de la cultura comunitaria²³. El folklore contiene expresiones verbales y musicales tangibles que corresponden a una autoría colectiva, y muy a menudo comunitaria, y pueden estar en una situación de cambio permanente en la medida que es alterada por las intervenciones de los miembros de la comunidad. Al igual que el conocimiento tradicional, el folklore está ligado a la identidad colectiva de una comunidad determinada, de manera que integra su patrimonio.

Los recursos genéticos, por su parte, son aquellos materiales biológicos existentes en un ecosistema determinado usados, por ejemplo, en la agricultura

19 DANIEL ROBINSON, CONFRONTING BIOPIRACY: CHALLENGES, CASES AND INTERNATIONAL DEBATES, pág. 19 (2010).

20 Véase Huenchuan Navarro, *supra* nota 10, pág. 87.

21 Graham Dutfield, *Alimentos, diversidad biológica y propiedad intelectual: el papel de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*. DOCUMENTO DE TRABAJO TEMÁTICO SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL N° 9, Quaker UN Office, pág. 4 (2011).

22 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Resumen del proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales de la protección de las expresiones culturales tradicionales/ expresiones del folklore*, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, VII Sesión, Anexo I, pág. 5,OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/7/3, (Noviembre 1-5, 2004).

23 VANESSA LOWENSTEIN Y PABLO WEGBRAIT, PROTECCIÓN DEL FOLCLORE-EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES (2005).

y la medicina²⁴. Algunos hablan de *patrimonio biocultural colectivo* refiriéndose al conocimiento, innovaciones, prácticas y expresiones culturales de pueblos indígenas y comunidades locales que comparten colectivamente y se vinculan de manera inextricable a los recursos y territorios, incluyendo la diversidad de genes, variedades, especies y ecosistemas; valores culturales y espirituales; leyes consuetudinarias formadas dentro del contexto socioecológico de comunidades²⁵. Los conocimientos tradicionales, el folclore y los recursos genéticos colectivos formarían un conjunto sinérgico y holístico.

Los conceptos anteriores destacan la diferencia conceptual con los derechos de propiedad desarrollados por el sistema jurídico occidental, aunque no se descarta el uso de construcciones jurídicas “propietaristas” occidentales para proteger dichas categorías frente a los intereses de los Estados y, sobre todo, frente a los agentes económicos. Así lo manifestaron las discusiones en torno a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reflejadas en su artículo 31, al referirse a la propiedad intelectual sobre el patrimonio, conocimiento tradicional y expresiones culturales tradicionales.

2. LOS SISTEMAS DE CONOCIMIENTO DEL PUEBLO MAPUCHE²⁶

Una de las consecuencias más severas y duraderas de la colonización consiste en el sometimiento y desplazamiento de las prácticas propias a un canon de categorías intelectuales ajenas, correspondiente a las nuevas hegemonías. En los cien años que van entre la colonización definitiva del territorio mapuche, iniciado en 1881, y el primer intento de protección internacional del conocimiento indígena por parte de la UNESCO y la OMPI, en 1982²⁷, el proceso de asimilación forzada del imaginario indígena al pensamiento occidental –en versión católico-periférica en las repúblicas del Cono Sur²⁸– no logró imponer totalmente el proyecto hegemónico de la cultura occidental mediante sus instituciones, de manera que el imaginario indígena puede –aunque sujeto a cambio y pérdida de control cultural– permanecer y reclamar su reconocimiento a la luz de las nuevas estructuras normativas

24 Véase *id.*

25 Instituto Internacional para el Medio Ambiente y Desarrollo, *Protección de conocimiento tradicional y patrimonio cultural. El concepto del patrimonio bio-cultural colectivo*, Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, Sesión 23, (2004), pág. 3.

26 Agradezco la ayuda que me brindó Olga Ries, Doctora en Literatura, Universidad de Bielefeld (Alemania) para elaborar esta sección.

27 World Intellectual Property Organization y United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action, adopted in 1982*, (1985).

28 SERGE GRUZINSKI, LA COLONIZACIÓN DE LO IMAGINARIO, SOCIEDADES INDÍGENAS Y OCCIDENTALIZACIÓN EN EL MÉXICO ESPAÑOL. SIGLOS XVI-XVIII, (2007).

internacionales pudiendo ser identificadas como formas culturales de conocimiento indígena distinguibles.

De acuerdo a Quidel, el conocimiento mapuche constituye el cuerpo, o la forma integral organizada, en que se encuentran las distintas comprensiones de la vida y del mundo en su relación con la tierra, los *che* (personas)²⁹ y los distintos elementos que coexisten en la cultura mapuche³⁰. El *che*, desde que es niño/a, inicia su proceso de aprendizaje orientándose a la observación y escucha de los mayores, así como a las actividades sociales y ceremoniales que se desarrollan en su familia y en la comunidad³¹.

El idioma mapuche, el *mapudungun*, dispone de varios conceptos referentes a la inteligencia, saber y conocimiento, arraigados profundamente en la cultura e historia propia. En el complejo sistema filosófico que abarca las distintas manifestaciones de la mente humana, destacan sobre todo los conceptos fundamentales de *kimün* (*kümün*, *küimün* o *kimvn*) y *rakiduum* (*raqiduum*, *rakizuum* o *rakidzuamn*)³². El primero, *kimün*, se traduce generalmente como sabiduría, pero también como enseñanza; mientras que *rakiduum* suele referirse al cocimiento o pensamiento. Ambos, sin embargo,

29 El concepto de *che* no puede concebirse de la misma manera que *personæ* en el pensamiento occidental; es decir, un agente individual capaz de acción y dotado de autoconciencia. Para el pueblo mapuche, cada *che* tiene su propio *newen* (fuerza), su propio *geh* (dominio de sí mismo) y su propio *püjü* (espíritu), en tanto sea *re che* (persona común que no es autoridad), estos son individuales y diferentes de los demás. Pero en el contexto de los *epu nume che* (aquellas personas que son capaces de desdoblarse por sí mismas), éstos también tienen su *püjü* (espíritu particular, único y distinto de otro *püjü*). Donde el pensamiento mapuche diverge radicalmente del occidental es en el planteamiento del *che* como un *newen* individual y un *newen* colectivo. El *che* individual representa un *newen* que no es igual al *newen* de otro *che* pero que, en el ámbito colectivo, son iguales a otros *newen* existentes en el mundo tangible como en el intangible. Otra diferencia fundamental consiste en que el *che* se realiza, esto es, manifiesta su *Az* (característica particular de una persona que lo hace diferente de otras y que lo determina en su ser y en su actuar), en el *wajontu mapu*, el territorio, realizándose materialmente como un ser emplazado, como un elemento de la naturaleza y en modo alguno como un dominador de ella. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, en Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Vol. III, Tomo II, Cap. III, pág. 1136-1149, disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf

30 Javier Quidel, La regeneración de un curriculum propio mapunche no escolarizado a partir de algunos elementos socio-religiosos, pág. 50. (2007) (tesis no publicada presentada a la Universidad Mayor de San Simón, Bolivia, para obtener el grado de Magíster en Educación Intercultural Bilingüe).

31 Jorge Colihuinca, Lidia Melipil, Cristina Pacheco, Marco Zuñiga, El Amelkan como representaciones de seres sobrenaturales y naturales en la cultura mapuche, pág. 31 (2009) (Tesis presentada como requisito para optar al grado académico de licenciado en educación. Facultad de Educación, Universidad Católica de Temuco, Chile).

32 La existencia de varias formas de escribir y pronunciar algunas palabras se debe a la existencia de diversos estándares paralelos de ortografía en *mapudungun* –también a veces escrito *mapuzungun*– tanto que la inconsistencia ortográfica puede tener lugar incluso en un mismo autor.

muestran importantes diferencias con los correspondientes términos en castellano, que se discutirán más adelante.

Cabe destacar, no obstante, la importancia de ambos conceptos para el actual movimiento mapuche. En la corriente religioso-filosófica se convierten en términos clave de una cosmovisión que abarca lo místico y lo racional, naturaleza y humanidad, donde se define “lo mapuche”, precisamente, a través de lo espiritual. También son importantes en lo pedagógico, en las organizaciones juveniles y en los programas dedicados a la integración de la cultura mapuche en el sistema educativo chileno. Si para los grupos juveniles la carga simbólica de ambos términos, en su búsqueda de una identidad propia positiva y productiva, es difícil de sobreestimar y llega a tener indudable peso político –encontramos festivales, actividades, grupos de jóvenes que utilizan esos términos en su nombre–, es sobre todo en el marco de una pedagogía intercultural donde ambos términos han sido objeto de estudios académicos ya que son los más apropiados para producir interés y participación en todos los niveles de la cultura mapuche en el sistema educativo.

Sobre todo *kimün*, con sus múltiples connotaciones y diferencias con el pensamiento occidental, adquiere un valor simbólico para diversos sectores de la sociedad mapuche contemporánea, ofreciendo una identidad intelectual inconfundible y, con ello, una “patria espiritual”. Como concepto filosófico-espiritual, *kimün* nunca aparece como un valor aislado, sino que íntimamente ligado a otros valores intelectuales: *rakiduum* y *newen* que se traduce como fuerza, otra noción clave de la cultura mapuche. Como tal, *kimün* está presente en casi todas las manifestaciones de la vida y actividad humana. Para citar un ejemplo, así es descrito en el caso de la música:

“Así los oradores, necesitan el *kimün* para desentrañar las enseñanzas de la experiencia, pero necesitan también del *newen* para desarrollar una relación empática con los auditores. El *newen*, entonces da el poder del sonido y el *kimün*, la luz de la comprensión profunda”.³³

A primera vista, las traducciones más corrientes para sabiduría, saber o enseñanza resultan insuficientes para apreciar completamente todas las connotaciones del término. Efectivamente, *kimün* va mucho más allá de un proceso individual de enseñanza y aprendizaje según el patrón occidental; incluye todas las experiencias vitales de una persona y su entorno inmediato, una especie de acervo intelectual y espiritual colectivo. Por lo tanto, el *kimün* varía entre comunidades –todos tienen su propio *kimün*³⁴– pero

33 Diego Félix Tapia Carmagnani, El *newen* la fuerza que mueve a la música *lafkenche* en el lago Budi, pág. 66, (2007) (Tesis para optar al Magister en Artes, Mención Musicología, Facultad de Artes, Universidad de Chile) disponible en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2007/tapia_d/sources/tapia_d.pdf

34 Rosa Hortencia Huenchumilla Marilao, Julio Marileo, Ana Millahuanque, María Painemal, Algunos Aspectos Educativos del conocimiento mapuche presente en la ceremonia del Gijatun, en los lof che de Coigüe, Ütügentu, y Mawizache, para la elaboración de un

siempre mantiene su carácter impersonal y comunitario. Es precisamente este carácter ligado a las vivencias e historias concretas de una comunidad lo que convierte al *kimün* en un término clave en la pedagogía que busca integrar el pensamiento mapuche como un valor reconocible y capaz de producir identidad y unidad.

En el sentido espiritual, este concepto refiere a lo que está debajo y dentro del ser, a tomar contacto con la totalidad de la existencia³⁵ alcanzando profundidad, plenitud intelectual y emocional a nivel personal. No tiene relación con criterios morales –brindados por el *Az Mapu*³⁶– ni con rasgos “geniales” y es precisamente allí donde residen las mayores diferencias con las nociones occidentales relacionadas. No se trata de un individuo que por su sabiduría y genialidad se eleva por encima de los demás –un Prometeo como diría Goethe–, sino todo lo contrario, pues implica una inmersión en lo que subyace a la propia vida, una especie de acervo psíquico y cultural del pueblo con el cual se identifica, un movimiento hacia lo completo en el sentido psíquico y no hacia una separación a través de lo particular y único.

Este aspecto holístico del *kimün* permite interpretarlo como un conexión permanente, una condición acumulada o adquirida a lo largo de la vida³⁷, que afecta a la personalidad en varios aspectos. La acumulación del *kimün* hace posible la existencia del *am* –muchas veces traducido como alma, aunque espíritu o energía vital probablemente se aproxima mejor al concepto mapuche– más allá de la muerte física del organismo, pues le otorga estabilidad y fuerza³⁸, completando la identificación con el grupo. El *kimün* constituye un conocimiento de fuente más vivencial que abstracta, aunque no está desprovisto de abstracciones y generalizaciones, y se descubre en diálogo con los elementos de la naturaleza y la comunidad, antes que en procedimientos de argumentación descontextualizados. Su contexto de justificación es proporcionado por su validación experiencial puesto que toma sentido en su reintegrado a la cotidianidad.

proyecto Integrado de Aula, con enfoque Intercultural, pág. 113, (2005) (Tesis Universidad Católica de Temuco), disponible en: <http://biblioteca.uct.cl/tesis/rosa-huechumilla-julio-marileo-ana-millahuanque-maria-painemal/tesis.pdf>

35 ZILEY MORA PENROZ, FILOSOFÍA MAPUCHE. PALABRAS ARCAICAS PARA DESPERTAR EL SER, pág. 53 (2001).

36 El *Az Mapu* es el conjunto de dimensiones espaciales del *mapu* donde los *che* encuentran los principios fundacionales, procedimientos, formas y medios de comportamiento y realización de sus acciones, y por ende, las formas de resolución y reparación ante cualquier trasgresión y/o situación irregular en sus acciones. Se trata de un sistema normativo no estatal y no diferenciado respecto de la moral, así como no enteramente separado de la religiosidad mapuche. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, supra nota 29, pág. 1121 a 1174.

37 Véase Tapia, supra nota 33, pág. 139.

38 Véase Mora, supra nota 35, pág. 40.

La racionalidad es importante para el conocimiento mapuche pero no constituye su centro, pues es un elemento más en una totalidad que va más allá de la razón y la palabra³⁹, integrando emociones y experiencias naturales y trascendentes. El tiempo no es una categoría secuencial o lineal dentro del conocimiento mapuche; el presente incorpora el pasado y el futuro. El conocimiento no es sólo un producto de la sociedad, sino que la naturaleza, en sus diversos elementos, conocimiento al que se accede viviendo en armonía con ellos.

Curiosamente, también el término *rakiduum* se encuentra a veces traducido como “conocimiento” –aunque la traducción “pensamiento” es probablemente más frecuente– siendo posible, a primera vista, una confusión con el *kimün* si bien una mirada detallada revela que ambos conceptos, si bien intelectualmente interdependientes y complementarios, son fundamentalmente distintos. Donde *kimün* parece casi meditativo en su esencia, *rakiduum* es mucho más energético, dinámico y volcado directamente hacia las acciones-ideas del individuo. En el marco de un sistema espíritu-intelectual –que intentamos esbozar con la relación *newen-kimün*– al *rakiduum* corresponde la función de conectar el mundo espiritual y el físico, con la filosofía y las actividades de la vida cotidiana.

El *kimün* es una condición que el sujeto va adquiriendo a lo largo de la vida. Cada persona tiene la posibilidad de acceder a los diferentes *kimün* que existen en la tierra, la naturaleza, y el universo. La vocación del *che* y su libertad es respetada y fomentada por la cultura mapuche. Es más, la formación de cada *che* se debe brindar en estricto rigor con sus capacidades. El mapuche se interesa por el futuro de los hijos, desea conocerlos para potenciar sus aptitudes y evitar conductas que atenten contra la comunidad. Dentro de la cultura mapuche es un mandato que cada individuo llegue a ser una persona sabia, lo cual significa que no solamente sea un depositario del conocimiento, sino reflejo de su conocimiento. El niño/a recorría este camino en su propio entorno, con diferentes objetivos, diferentes formas de elaboración del *kimün*⁴⁰.

A nivel sistemático, el *rakiduum* describe, en consecuencia, muchas funciones relacionadas con la racionalidad, pero también con las acciones y actitudes subjetivas del sujeto, como transmisión de los conocimientos, procesamiento de información⁴¹, ordenamiento de las experiencias o conservación de información. Sin embargo, y quizás sorprendentemente para algunos observadores, se percibe no como un contraste con las acciones –como

39 Véase Quidel, *supra* nota 30, pág. 50.

40 Sergio Carihuentro, Saberes mapuche que debiera incorporar la educación formal en contexto interétnico e intercultural según sabios mapuche, pág. 24 (2007) (Tesis para optar al grado de Magíster en Educación, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales).

41 Véase Tapia, *supra* nota 33, pág.296.

sería típico para el pensamiento occidental con su dualidad pensar-actuar/ activo-contemplativo– sino como su directo acompañamiento y consecuencia. De esa interpretación es sintomática la deducción etimológica de *rakiduam* de *rakin-contar*⁴². Entonces, el pensamiento subjetivo es la expresión de un determinado individuo, inseparable de ellos, pero que no abandona su función impersonal de conexión entre la dimensión comunitaria del *kimün* y las acciones del individuo.

Su función social es indudable, pues a través del *rakiduam* se establecen y ejecutan las normas sociales e intelectuales integrando al individuo al tejido social y estableciendo su posición en él. No necesariamente los efectos de *rakiduam* implican una separación de los demás mediante las actividades intelectuales, sino la integración en su cultura.

Los elementos del *kimün* y las producciones del *rakiduam* –incluso aquellas que están referidas a un agente individual creador que les da vida– no coinciden con los fundamentos de los derechos de propiedad intelectual concebidos en los sistemas jurídicos occidentales, sean “propietaristas” o instrumentalistas⁴³. Los conocimientos mapuches están configurados para ser compartidos, dejando el control cultural de su desarrollo en manos del colectivo, de la comunidad y, en última instancia del pueblo Mapuche en general. Por otra parte, se relacionan con los sujetos a partir del acceso y no de la exclusión (*access rights v/s income rights*). Se cumple, como en la mayoría de las veces, la construcción cooperativa del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y su hostilidad a la comodificación y alienabilidad.

3. ABUSO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DEL CONOCIMIENTO MAPUCHE

En todo el mundo, los pueblos indígenas han sufrido abusos en la constitución de derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, expresiones del folklore y recursos genéticos en beneficio de terceros, a menudo compañías extranjeras⁴⁴, que se apropian del patrimonio cultural de los indígenas sin otorgarles ninguna participación o compensación por el uso de porciones de su patrimonio inmaterial o biológico. Célebres ejemplos, como el caso del árbol Neem en India y la Ayahuasca, han inspirado la construcción del popular concepto de *biopiratería*. Éste se refiere al uso de los derechos de propiedad intelectual sin la debida autorización, participación

42 LUCÍA GOLLUSCIO, EL PUEBLO MAPUCHE: POÉTICAS DE PERTENENCIA Y DEVENIR, pág 92 (2006).

43 Véase PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, (1996).

44 Véase Correa, *supra* nota 15, pág. 18.

o compensación adecuadas⁴⁵, con el fin de legitimar la propiedad y control exclusivos sobre recursos, productos y procesos biológicos usados durante largos períodos por culturas no industrializadas⁴⁶.

Los elementos del patrimonio cultural indígena se vuelven bienes apropiables⁴⁷. En esa situación se encuadran los recursos genéticos provenientes de las plantas que se localizan en regiones con abundante biodiversidad y el conocimiento sobre el proceso de elaboración de compuestos medicinales. Dicha apropiación mercantil de los recursos biológicos y del conocimiento asociado a ellos, se produce básicamente en virtud de la separación artificial entre el sustrato y la información, lo que es permitido por los derechos de propiedad intelectual⁴⁸.

En Chile, se puede observar una serie de experiencias que presentan fenómenos de biopiratería y apropiación, tanto bajo la forma de patentes de invención como bajo otros derechos de propiedad intelectual sobre recursos colectivos mapuches.

3.1 Plantas medicinales y recursos genéticos mapuches patentados o protegidos en otros países

La biodiversidad en Chile es extraordinaria. El 85.5% de la flora tiene su origen en el país, el 44.6% son especies endémicas y el 40.9% nativas⁴⁹. Además, el 76.7% de los anfibios y 58.5% de los reptiles, son endémicos⁵⁰.

No existe un inventario exhaustivo de la diversidad biológica y genética de Chile⁵¹, pero su heterogeneidad de ambientes junto con posibilitar la presencia de gran variedad de especies y ecosistemas, también hace posible una gran diversidad genética exclusiva debido al alto endemismo de las especies. Por ejemplo, de un total de 5.739 taxa de flora presentes en Chile, el 88.5% son nativas y el 45.8% endémicas⁵². El Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA) ha estimado el uso actual y potencial de las plantas nativas y exóticas

45 GRAHAM DUTFIELD, INTELLECTUAL PROPERTY, BIOGENETIC RESOURCES AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (2004), (U.K.), pág. 52.

46 VANDANA SHIVA, PROTECT OR PLUNDER? UNDERSTANDING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, pág. 49 (2001).

47 ANDRESSA CALDAS, LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL: LA CONQUISTA DE LOS SABERES (2004).

48 *Id.*, pág. 112.

49 Las especies endémicas son aquellas que tienen su origen exclusivamente en un territorio, mientras que las nativas se originan en ese territorio y en otros.

50 MARÍA ISABEL MANZUR Y CAROLINA LASÉN, ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS: CHILE EN EL CONTEXTO MUNDIAL, (2003).

51 Véase INFORME NACIONAL SOBRE EL ESTADO DE LOS RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, (Ivette Seguel y Teresa Agüero ed., Diciembre 2008).

52 Comisión Nacional del Medio Ambiente, CUARTO INFORME NACIONAL DE BIODIVERSIDAD, Chile, pag 12 (2009).

de Chile para usos alimenticios, medicinales, forrajeros, principios químicos, ornamentales, madereros y artesanales, entre otros. De las 5.800 especies incluidas en la base de datos del INIA, 14.6% tendrían al menos un uso⁵³.

Lo anterior también explica el atractivo que las variedades genéticas del país ofrecen a los laboratorios extranjeros interesados en desarrollar nuevos productos farmacéuticos, biotecnológicos o cosméticos a partir de los recursos genéticos. Muchos de ellos corresponden a recursos colectivos asociados a los pueblos indígenas y, en particular, el pueblo Mapuche. Por otra parte, el conocimiento tradicional de este pueblo sirve de marcador para dirigir la atención de las empresas extranjeras a plantas y especies cuyo tratamiento ya ha validado.

La Rapamicyna y la Rapamune son recursos genéticos colectivos del pueblo Rapanui, respecto de las cuales se constituyeron patentes en el extranjero. La Rapamicyna fue descubierta en Hanga Roa en 1965 por científicos de la empresa canadiense Wyeth.

Respecto de los mapuche, los recursos genéticos colectivos están amenazados especialmente tratándose del Maqui (*Aristotelia chilensis*), originario y propio del Wallmapu⁵⁴, tanto en Chile como en Argentina. El Maqui, o Quelón, produce bayas negras –o blancas por excepción– en gran abundancia. Es un vegetal sagrado para los mapuches, menos que el canelo e igual que laurel, símbolo de benévola y pacífica intención, y en tal sentido, llevado a todas las reuniones sociales; además es un adorno obligatorio del símbolo religioso el Rewe⁵⁵.

En EEUU se comercializan extractos de Maqui como la *Superberry*, debido a sus propiedades antioxidantes. Syanura, por ejemplo, tiene un jugo de extracto de Maqui, llamado AVIA. La patente está pendiente. En Chile, la Universidad Austral, junto con el laboratorio italiano Indena y el Consorcio de Tecnología e Innovación en Salud S.A. (CTI Salud)⁵⁶, crearon un extracto de Maqui llamado Maqui Select. Fondef financió en su XVIII Concurso de Proyectos de I+D de 2010-2011, un proyecto de la Universidad de Talca y la Fundación Chile que consiste en un *screening* del material genético y desarrollo de clones y técnicas de manejo del Maqui para mejorar la oferta de materia prima exportable y agroindustrial. En ninguno de los proyectos existe algún tipo de consentimiento, participación o distribución de beneficios a comunidades u organizaciones mapuches.

53 Véase *id.* pág. 18.

54 El Wallmapu consiste en el territorio ancestral del pueblo Mapuche, actualmente repartido entre por los Estados de Chile y Argentina.

55 Ernesto Wilhelm de Mösbach, *BOTÁNICA INDÍGENA DE CHILE*, (2000).

56 Conocido como CTI Salud, proyecto creado con recursos públicos e impulsado por el Banco Mundial en el que participaron las universidades Austral, de Concepción, de La Frontera, además de Farminindustria S.A., Instituto Leloir (Argentina), Southern Technology Group S.A. y Vitrogen S.A.

En 2002 comenzó una disputa con Australia por el uso cosmético de la Murtilla llamada *Tassie Berry* considerada como originaria de la isla de Tasmania. Tas Myrtus Berries Pty. Ltd. registró la marca Myrtus berry (Tazziberry™) para su comercialización en Australia. En 2004 se publicó una investigación, financiada por la Fundación para la Innovación Agraria del Ministerio de Agricultura en Chile, titulada “Investigación etnofarmacológica de 21 especies medicinales nativas usadas por los mapuche del sur de Chile”⁵⁷. El estudio fue realizado por un equipo de la Universidad de Copenhagen, Dinamarca, durante 2001 e integrado por Jeannette Lauritsen y Lene Jorgensen de la Facultad de Farmacia Química, Departamento de Farmacognosia⁵⁸. La organización mapuche Kona Pewman denunció que se trata de un acto de biopiratería pues el estudio incluía la investigación de más de sesenta plantas y sólo serán divulgados los resultados respecto de veintiuno⁵⁹. Uno de los principales medios donde se han publicado los resultados de esa y otras investigaciones es el *Journal of Ethnopharmacology*⁶⁰.

Los recursos zoogenéticos también han sido apropiados o se encuentran amenazados. Dentro de ellos, se destaca la Gallina mapuche, mientras que la Vinchuca está patentada en EEUU. En cuanto a los genes humanos, se han obtenido muestras de sangre, cabello y uñas de los pueblos Mapuche, Huilliche, Yagan y Kawaskar como parte del proyecto Human Genome Diversity Project, sin haber informado a las comunidades sobre el proyecto y sus resultados. De otra parte, el Royal Botanic Garden de Edimburgo tiene una colección de 500 especies chilenas, lo que representa más de un 10% de la flora nativa nacional, y el Jardín Botánico de Benmore construye una representación de los bosques templados del sur de Chile en un área de 4 hectáreas.

57 Las plantas investigadas fueron el Cadillo, Meli, Costilla de Vaca, Matico, Palqui, Quila, Voqui Colorado, Deu, Huella, Cochayuyo, Chilco, Avellana, Nalca, Latue, Laurel, Tepa, Radal, Calahuala, Sauco, Quintral y Murta.

58 Fundación para la Innovación Agraria, Ministerio de Agricultura, Comunicado de Prensa, 9 de julio de 2004, <http://www.fia.gob.cl/difus/notici/notic357.htm> (última revisión 13.02.2013).

59 Ecoportal, ETNOBOTÁNICA Y BIOPIRATERÍA: USURPACIÓN DE CONOCIMIENTOS ANCESTRALES MAPUCHE, disponible en: <http://www.mapuche.info/indgen/ecoportal040828.html> (última revisión 13.02.2013).

60 Allí se han publicado los siguientes artículos en relación con plantas del sur de Chile: Per Mølgaard et al., *Antimicrobial evaluation of Huilliche plant medicine used to treat wounds*, 138 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY, 1, págs. 219-227, (31 October 2011); Diego Estomba et al., *Medicinal wild plant knowledge and gathering patterns in a Mapuche community from North-western Patagonia*, 103 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1, págs. 109-119 (3 January 2006); Guillermo Schmeda-Hirschmann et al., *Gastroprotective effect of the Mapuche crude drug Araucaria araucana resin and its main constituents*, 101 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1-3, 3 (October 2005), págs. 271-276; y P.J. Houghton y J. Manby, *Medicinal plants of the Mapuche*, 13 J. OF ETHNOPHARMACOLOGY 1, (March 1985), págs. 89-103.

3.2 Derechos UPOV y semillas mapuches

Otra dimensión de conflictos se presenta frente a un sistema *sui generis* de derechos de propiedad intelectual: los derechos de los obtentores de variedades vegetales protegidos por el convenio de la Unión Internacional por la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). Se trata de una organización internacional gubernamental con sede en Ginebra, Suiza, de la cual forman parte los gobiernos que hayan suscrito sus tratados. La UPOV fue creada por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales⁶¹, siendo su objetivo la protección de las obtenciones vegetales por un derecho de propiedad intelectual. Su desarrollo dice relación con las necesidades de la industria agrotecnológica respecto de las semillas o variedades vegetales de las últimas décadas.

Hay que considerar que hasta fines del siglo XIX, las variedades de cultivo se desarrollaban a partir de la selección que los agricultores llevaban a cabo mediante métodos intuitivos quienes guardaban las semillas producidas para la cosecha siguiente. En el último siglo, en muchos países industrializados⁶² la agricultura y el fitomejoramiento siguieron caminos separados; éste último se dedicó a la obtención de ciertas características de resistencia a plagas y enfermedades, alto rendimiento, manejo fitosanitario integrado, condiciones de estrés, índice de cosecha o nutrición animal, entre otras.

Con el desarrollo de una agricultura comercial a gran escala, los obtentores profesionales comenzaron a producir cada vez más variedades uniformes, más adecuadas para la agricultura industrial mecanizada y diseñadas para proporcionar el mayor rendimiento bajo condiciones específicas. Ello requiere una elevada especialización en el desarrollo y compra de semillas en el mercado, esquema donde la innovación requiere de un sistema de estímulos. Sin embargo, junto a la agricultura industrial y global, subsisten las formas de producción tradicionales cuyos agricultores desarrollan y emplean semillas de propiedades no uniformes, pero adaptadas a sus respectivos ecosistemas en un proceso de innovación incremental, colectiva y muchas veces anónima.

Desde el siglo XIX, los obtentores de semillas de países desarrollados comenzaron a exigir la extensión de derechos de exclusividad sobre las semillas, época que se correspondió con el crecimiento de este comercio. Pero fue la promulgación de leyes para proteger los derechos de los obtentores en los Países Bajos y Alemania, en los años sesenta del siglo XX, la que abrió la puerta al régimen internacional de la UPOV⁶³ lo que impulsó a grupos de interés en torno a la Asociación Internacional para la Protección de la

61 El convenio original fue adoptado en París en 1961 y entró en vigor para el derecho internacional en 1968, luego fue revisado en 1972, 1978 y 1991.

62 Véase Dutfield, *supra* nota 21, pág. 4.

63 BISWAJIT DAHR, SISTEMAS SUI GENERIS PARA LA PROTECCIÓN DE VARIEDADES VEGETALES, OPCIONES BAJO EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC, pág. 3, (2002).

Propiedad Industrial (AIPPI) y la Asociación Internacional de Fitomejoradores para la Protección de las Obtenciones Vegetales (ASSINSEL).

En el 2011 dieciséis senadores⁶⁴ realizaron un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, cuya ratificación está en trámite ante el Congreso Nacional⁶⁵. La presentación contó con el apoyo de diversas organizaciones indígenas⁶⁶. El Tribunal Constitucional (TC) rechazó el requerimiento, pero estableció una serie de consideraciones jurídicas para su aprobación⁶⁷.

La Red de Legislación Indígena y de Políticas Públicas (RDLIPP) denunció que “(...) el Congreso Nacional nuevamente está aprobando normas de naturaleza legal sin consultar a los pueblos indígenas, esta vez el Convenio UPOV-91, que permitirá que las transnacionales se apropien de nuestros vegetales y hierbas medicinales para después cobrarnos royalties por lo mismo que hemos plantado y sembrado por miles de años”⁶⁸. Por su parte, agricultores y mapuche de la Red Nacional de Salud Mapuche elaboraron un documento en que declaran su total rechazo a la aprobación del tratado, sosteniendo que “Este convenio atenta gravemente sobre nuestros derechos y Patrimonio Ancestral, particularmente sobre nuestro Sistema Cultural de Salud, así como también nuestra Soberanía Alimentaria, que ha sido tradicionalmente la base de nuestra salud integral, holística y territorial”⁶⁹. Para los mapuche, el UPOV-91 impide a las comunidades guardar e intercambiar semillas, lo que contribuirá al aumento de la exclusión y marginalización indígena, profundizando la pobreza al recibir de estas empresas semillas híbridas y transgénicas, encareciendo los productos agrícolas.

También las organizaciones campesinas Anamuri Ranquil y ANMI agrupadas en la Coordinadora Latinoamericana de las Organizaciones del

64 Senadores Alejandro Navarro, Ximena Rincón, Jorge Pizarro, José Antonio Gómez, Jaime Quintana, Camilo Escalona, Juan Pablo Letelier, Patricio Walker, Antonio Horwarth, Guido Girardi, Mariano Ruiz-Esquide, Fulvio Rossi, Isabel Allende, Soledad Alvear, Pedro Muñoz, Carlos Bianchi.

65 Cámara de Diputados, Boletín 6426-10. Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales.

66 Incluyendo a la Corporación Aymara Jach-A Marka Aru, a través de Ariel León, y los representantes indígenas Francisco Vera Millaquén y Rafael Tuki Tepano, Consejero CONADI.

67 Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol 1988-2011, (24 de junio de 2011) (Chile).

68 MAPUEXPRESS, Red Legislativa Indígena y de Políticas Públicas Reprocha al Congreso Nacional la Ausencia de Consulta Indígena por Proyecto de Apropiación de Variedades Vegetales (Mayo 9, 2011) <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=6881> (última revisión 13.02.2013).

69 MAPUEXPRESS, Las organizaciones y autoridades mapuche; Logko, Machi, Genpin y Werken agrupadas en la Red Nacional de Salud Mapuche, reunidas hoy día 25 de mayo en la ciudad de Temuko; declaran su total rechazo a la reciente aprobación del Senado chileno para dar luz verde al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV 91) en <http://www.mapuexpress.net/content/news/print.php?id=6954> (última revisión 20 de enero de 2013).

Campo y, a nivel mundial, de la Vía Campesina (CLOC-VC), expresaron que el tratado “(...) entrega nuevos y más privilegios a las empresas semilleras, permite la privatización de las semillas y criminaliza las técnicas y prácticas que nos permitieron a los pueblos indígenas y campesinos cuidar, crear, conservar e intercambiar semillas durante cientos y miles de años. Esta Ley en definitiva mercantiliza la vida y afecta en forma transversal a todo el pueblo chileno”⁷⁰.

Anteriormente, Wallmapu Fvxa Xawun había solicitado la renuncia de la ministra Ena Von Baer por el conflicto de intereses que la afectaba al ser su padre, el empresario de semillas Erik Von Baer, uno de los titulares de intereses favorecidos por las reglas del UPOV. Dicha organización declaró: “Las semillas son un patrimonio ancestral de los pueblos originarios y campesinos, por lo tanto están unidos a nuestra cultura y el acto de intercambiar conocimientos ancestrales, alimentos, plantas, animales, árboles y semillas, es una acción de unidad con lo más fundamental de la vida”⁷¹.

En Temuco, autoridades tradicionales, curadoras de semillas, dirigentes y organizaciones mapuches⁷², también manifestaron su rechazo al tratado UPOV-91. Aquellas organizaciones indicaron que: “Las semillas forman parte de la espiritualidad del ser Mapuche, las plantas, la tierra, el agua, los animales y por tanto la vida son sagrados para la cultura mapuche y campesina”⁷³. A su vez, la Asamblea Mapuche de Izquierda, la Confederación Nacional Sindical Campesina del Agro y Pueblos Originarios Ranquil, la Asociación Gremial de Comunidades Indígenas y Comités de Pequeños Agricultores de la Provincia de Cautín, el Consejo Autónomo Aymara, el Consejo Nacional Aymara y otras organizaciones del norte y sur de Chile presentaron también su rotundo rechazo.

Los pueblos indígenas, en su rol de agricultores, vienen desarrollando innovaciones desde hace miles de años con las variedades vegetales, que ahora pueden quedar formalmente apropiadas por empresas nacionales o

70 MAPUEXPRESS, Las organizaciones campesinas de la CLOC-VC de Chile; Anamuri Ranquil; ANMI que forma parte de la Coordinadora Latinoamericana de las Organizaciones del Campo y a nivel mundial de la Vía Campesina, 19 de Julio de 2012 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7195> (última revisión 20 de enero de 2013).

71 MAPUEXPRESS, Conflicto de Intereses por UPOV 91: Wallmapu Fvxa Xawun Pide la Renuncia de la Vocera de Gobierno Von Baer, 25 de junio de 2011 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7099>, (última revisión junio 26, 2011).

72 Asociación Indígena Sharayn Mapu de la X Región de Los Lagos, Asociación Indígena Newen Boyen de Coronel, Asociación Leufu Lafquen de Tolten, Asociación Nacional de Comunidades Agrícolas e Indígenas Leftraru, Comunidad Ramón Chincolef Nahuepan de Panguipulli, Comunidades de Curarewe, Territorio Makewe, Sector Metrenco, Sector Tromen, Sector Lican-Ray.

73 MAPUEXPRESS, Continúan Los Categóricos Rechazos a UPOV 91: Declaración Autoridades tradicionales, Curadoras de semillas, dirigentes e instituciones Mapuche, 19 de junio de 2011 en <http://www.mapuexpress.net/?act=news&id=7067> (última revisión junio 26, 2011).

transnacionales desde el momento en que se restrinjan sus derechos. De acuerdo a la presentación ante el TC las organizaciones de Temuco señalaron que el UPOV-91 pone en riesgo el acceso de los agentes de salud indígena, y de las comunidades, a las variedades vegetales para el uso de sus propias medicinas tradicionales. En el fallo, el ministro José Antonio Viera-Gallo indicó que el UPOV-91 “(...) no puede ser interpretado en ningún sentido que pudiera afectar conocimientos y prácticas tradicionales, los que dan origen a derechos que forman parte de la identidad cultural de las etnias originarias en que el Estado debe respetar y promover por mandato constitucional y por compromisos internacionales derivados, entre otros instrumentos y tratados de convenio 169 de la OIT”⁷⁴.

Las críticas al sistema de la UPOV lo consideran inapropiado para la agricultura de países en vías de desarrollo, puesto que promueve y se adecúa a un sistema industrial de monocultivo que favorece al sector comercial de semillas –además de fomentar sistemas que requieren el uso de productos químicos– por sobre los pequeños agricultores, la diversidad y los conocimientos tradicionales. Además, fomenta el uso de variedades obtenidas para la agricultura industrial en lugar de reconocer la innovación incremental o alentar la diversidad existente en la agricultura en pequeña escala que predomina en los países en desarrollo y en los pueblos indígenas.

Durante las últimas décadas, se ha observado que los DOV⁷⁵ han reforzado la concentración de la industria de las semillas lesionando los derechos humanos, la seguridad alimentaria, la biodiversidad, así como el derecho sobre los conocimientos tradicionales. Se ha sostenido que la aprobación de la UPOV-91 amenaza la biodiversidad agrícola ya que produce concentración económica y la eliminación de los pequeños productores y recolectores de alimentos, perdiéndose su conocimiento y sus habilidades. Esto incrementará el control de las grandes empresas sobre la cadena alimenticia desde la semilla, la diseminación de monocultivos industriales y la privatización de la vida a través de los contratos comerciales sobre las semillas, las patentes, los derechos de propiedad intelectual y la propiedad de semillas genéticamente modificadas.

El régimen del UPOV limita los derechos de los agricultores. Estos derechos comprendían las facultades de guardar, utilizar, intercambiar y vender las semillas procedentes de la actividad agrícola, así como ser reconocidos, recompensados y apoyados por su contribución a la reserva global de recursos genéticos, a participar en el desarrollo de obtenciones vegetales comerciales y a incidir en la toma de decisiones sobre cuestiones relativas a los recursos

74 Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol 1988-2011, Voto Disidente Ministro Señor José Antonio Viera-Gallo Quesney, párr. 2. (24 de junio de 2011).

75 Los DOV, o derechos de los obtentores de variedades vegetales, son los derechos que corresponden a quienes han manipulado las semillas o variedades vegetales obteniendo una variedad nueva, distinta, uniforme y estable.

genéticos de los cultivos. Los derechos de los agricultores se consideran, en gran medida, de carácter colectivo o comunal y tienden a ser no exclusivos ya que promueven el intercambio de materiales y de conocimientos⁷⁶.

Chile suscribió y ratificó el acta del UPOV-78⁷⁷, integrándose en 1996. Actualmente se encuentra en proceso la ratificación del UPOV-91 mediante un proyecto de ley que comenzó a tramitarse el 12 de mayo de 2009. Tanto el Tratado de Libre Comercio con EEUU, en su capítulo 17, como el tratado de la misma índole con Japón, art. 162, exigen que Chile ratifique el UPOV-91. La aprobación de 1978 requirió la dictación de una ley de adaptación (N° 19.342) que creó un registro nacional de variedades protegidas, con dependencia del Servicio Agrícola Ganadero (SAG).

De otra parte, es importante destacar que Chile aún no ratifica el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA) de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el cual establece en su artículo 9.2 que cada parte contratante deberá, según proceda y con sujeción a su legislación nacional, adoptar las medidas pertinentes para proteger y promover los derechos del agricultor. Particularmente son tres los aspectos más significativos en el ámbito de la alimentación y la agricultura: a) la protección de los conocimientos tradicionales respecto de los recursos fitogenéticos; b) el derecho a participar equitativamente en la distribución de los beneficios que se deriven de su utilización; y c) a nivel nacional, el derecho a participar en la adopción de decisiones sobre su conservación y utilización sostenible.

El mismo tratado establece, en el artículo 12.3. letra d), que los receptores de recursos fitogenéticos no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual, o de otra índole, que limite el acceso a la alimentación y la agricultura, sus partes o componentes genéticos, en la forma recibida del sistema multilateral.

3.3 Los derechos de autor y el patrimonio cultural mapuche

La propiedad intelectual de los mapuche también ha confrontado los derechos de autor. Dichos derechos, considerados recompensas temporales para los creadores y sus herederos, están lentamente invadiendo este ámbito, cuyos elementos han sido apropiados e incorporados en creaciones singulares de individuos o empresas.

76 ZOE GOODMAN, SEMILLAS DEL HAMBRE: CÓMO DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS CONTRA LOS ABUSOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Nota de antecedentes N° 2, Serie THREAD, pág. 12 (2009).

77 Véase República de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 18 de 1996, que Promulga el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (suscrito en París el 2 de diciembre de 1961, modificado por sus dos Actas Adicionales), (23 de marzo de 1996).

El 11 de agosto de 2005, varios lonkos enviaron una carta abierta al empresario Bill Gates, propietario de Microsoft Corporation, en representación del *Kimkeche Nutramkan*-Conversación entre Sabios y Custodios de la Cultura Mapuche, que se había reunido con el fin de analizar el proyecto de esta compañía para desarrollar, en lengua mapuche, una versión del sistema operativo Windows XP, en virtud de un acuerdo de cooperación suscrito con el gobierno chileno y en asociación con la Universidad de la Frontera (UFRO). En dicha carta, se reivindicaba el derecho a la libre determinación como pueblo indígena y a ser custodio e intérprete, de manera que sólo él debe y puede guardar, mantener, manejar, desarrollar y recrear su patrimonio cultural. Acusaron a Microsoft de cometer un acto de piratería intelectual. Según las autoridades mapuche, Microsoft Corporation y el Gobierno de Chile –a través de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) y del Ministerio de Educación– se habían atribuido un derecho que nos les correspondía. La carta señala: “(...) derecho de poseer, controlar y manejar su patrimonio cultural, derivado de su derecho a libre determinación y a sus tierras y recursos, implica que elementos de su patrimonio cultural no pueden ser utilizados, transmitidos, exhibidos y manejados por otras personas y organismos sin asegurar el consentimiento libre previo e informado del pueblo indígena pertinente. Por ello, la apropiación de nuestro idioma como parte fundamental de nuestra cultura por parte de investigadores, lingüísticos y funcionarios públicos constituye una violación de nuestro derecho inherente e inalienable de nuestro patrimonio cultural”⁷⁸.

La gravedad de la transgresión consistía en que el idioma mapuche no tiene una escritura estandarizada, puesto que existen, al menos, trece alternativas o grafemarios. El utilizado por Microsoft fue el Azumcheffe, creado por expertos de la CONADI y la UFRO, no cuenta con la aceptación de las organizaciones y comunidades mapuches, que se inclinan por la propuesta de Ranguileo, intelectual mapuche que elaboró su propia versión. Por otra parte, la creación del programa significaba la comercialización de una parte del patrimonio cultural mapuche, puesto que registraba a nombre de la empresa, bajo su derecho de autor y sin ninguna participación del pueblo Mapuche en los beneficios. Al constituir un programa propietario, donde Microsoft conserva el control del código fuente, los mapuche no pueden modificar, corregir, ni hacer adaptaciones respecto de un producto que estaba supuestamente destinado a impulsar su propia cultura.

Otro conflicto relacionado con los derechos de autor, se refiere al material educativo elaborado por el Programa de Educación Intercultural Bilingüe del Ministerio de Educación a partir de experiencias de diálogo y validación con diversas comunidades indígenas (Mapuche, Aymara,

78 EMOL, http://www.emol.com/noticias/documentos/pdfs/aucan_gates.pdf (última revisión: 13.02.2013).

Quechua, Rapanui). Tales programas⁷⁹ y materiales⁸⁰ están, sin embargo, atribuidos a expertos del ministerio, sin reconocimiento de la participación comunitaria en su elaboración.

4. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ha sido precisamente la atención que ha recibido la propiedad intelectual desde los derechos indígenas, la que ha permitido entender las necesarias relaciones de aquellos derechos privados con los derechos humanos⁸¹. El informe de 2001 del Secretariado General de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha indicado que los dos principales temas son la protección del conocimiento tradicional y la adquisición por terceros de derechos de propiedad intelectual sobre innovaciones y creaciones basadas en el conocimiento tradicional⁸².

El Convenio 169, en su artículo 23.1 establece que la artesanía, las industrias rurales, comunitarias y las actividades tradicionales relacionadas con la economía de subsistencia, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económico. Sólo se establece un deber débil del Estado –con la participación de los pueblos indígenas– de velar para que se fortalezcan y fomenten tales actividades.

En 1995, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los principios y directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas⁸³. Dichos principios establecen que una protección efectiva debe basarse en la autodeterminación, que incluye el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias culturas y sistemas

79 Los programas pueden verse en Programas de Estudio Sector Lengua Indígena en MINISTERIO DE EDUCACIÓN, http://www.mineduc.cl/index2.php?id_portal=28&id_seccion=3413&id_contenido=13936, (última revisión 25 de enero de 2013).

80 MINISTERIO DE EDUCACIÓN, PROGRAMA DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL BILINGÜE Y FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA UNICEF, GUÍA PEDAGÓGICA DEL SECTOR LENGUA, INDÍGENA, MATERIAL DE APOYO PARA LA ENSEÑANZA DEL MAPUZUNGUN, (2010).

81 LAURENCE HELFER, & GRAEME AUSTIN, HUMAN RIGHTS AND INTELLECTUAL PROPERTY, pág. 432 (2011).

82 Véase WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, ANNUAL REPORT 2001, pág. 38 (2001) Disponible en: http://www.wipo.int/freepublications/en/general/441/wipo_pub_441_2001.pdf. (última revisión 25 de enero de 2013).

83 Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, jun. 21, 1995, U.N. Doc. E/CN.4/SUB.2/1995/26,GE. 95-12808 (E).

de conocimiento (numeral 2). Consecuentemente, se reconoce que son los mismos pueblos indígenas los guardianes e intérpretes primarios de sus culturas, artes y ciencias (numeral 3). La propiedad de los pueblos indígenas y el cuidado de su patrimonio debe ser un derecho titular colectivo (numeral 5). Por su parte, el Banco Mundial ha sostenido que la creación de un régimen legal adecuado para la protección del conocimiento tradicional tiene que basarse en el pluralismo jurídico y el reconocimiento de la diversidad legal existente en los pueblos indígenas y en las comunidades locales⁸⁴.

4.1 Revisión de las alternativas de protección disponibles en el contexto internacional

El carácter colectivo de tales derechos quiere decir, en primer lugar, que los pueblos indígenas tienen capacidad de agencia colectiva y que el objeto protegido corresponde a bienes públicos compartidos⁸⁵. Dichos derechos se derivan del derecho fundamental a la autodeterminación consagrada en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁶.

En relación a los mecanismos de protección, se encuentran aquellos de autoregulación a través de códigos de buenas prácticas de jardines botánicos y, en general, sobre colecciones públicas de conocimientos genéticos y tradicionales en cuanto a su uso *ex-situ*; es decir, fuera del ecosistema de origen por empresas privadas⁸⁷. A ello se agregan, sin embargo, seis sistemas que se han ido perfilando para dicha protección.

4.1.1 Sistemas de inventarios o registro de conocimientos

Se trata de un mecanismo con trayectoria internacional orientado a prevenir la apropiación indebida mediante patentes, lo que permite contrastar las solicitudes con los registros existentes. Por ejemplo, no se puede otorgar el registro de un diseño industrial, como un dibujo o un modelo relativo al aspecto ornamental o estético de una artesanía, si no corresponde a uno nuevo u original. Existe un inventario de conocimiento público que impide el registro de lo previamente registrado o inventariado⁸⁸. Según la OMPI,

84 WORLD BANK, CULTURAL HERITAGE AND COLLECTIVE INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INDIGENOUS KNOWLEDGE, Notes, No.95, (2006), pág. 2.

85 Leslie Green, Two Views of Collective Rights, CANADIAN J. L. & J., Vol. IV, No 2, (1991)

86 Condy Holder, *Self-determination as a basic human right: the Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY, (Avigail Eisenberg and Jeff Spinner-Halev eds.), pág. 297 (2004).

87 KRISTYNA SWIDERSKA, TRADITIONAL KNOWLEDGE PROTECTION AND RECOGNITION OF CUSTOMARY LAW: POLICY ISSUES AND CHALLENGES, pág. 9 (2004).

88 María Ochoa, *Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela*, BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, NO.127, (2010).

también es posible utilizar los datos del registro como un complemento para determinar y proteger los conocimientos tradicionales, cuando se han reconocido derechos colectivos de propiedad de las comunidades indígenas⁸⁹.

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO⁹⁰, de 2003, recomienda a los Estados parte implementar medidas para salvaguardar el patrimonio cultural, incluyendo identificación, documentación e investigación del patrimonio⁹¹. De esa manera, corresponde a los Estados identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

En India se organizó una biblioteca digital de conocimientos tradicionales, conocida como Traditional Knowledge Digital Library; se trata de una base de datos electrónica sobre plantas medicinales que también recoge las formulaciones usadas en los sistemas tradicionales de medicina. Se organizó en 2001, en un esfuerzo colaborativo entre el Council of Scientific and Industrial Research y el Department Ayurveda, Yoga y Naturopathy, Unani, Siddha and Homeopathy del Ministerio de Salud, Familia y Bienestar de la India⁹². Su objetivo es proteger de la biopiratería los conocimientos tradicionales mediante la documentación electrónica. También sirve para impulsar la investigación basada en el conocimiento tradicional y simplifica el acceso al conocimiento. Cuando el registro fue completado preliminarmente en 2006, el gobierno indio decidió darle acceso a oficinas extranjeras de patentes incluyendo a la Oficina de Patentes Europea (EPO), a Japón y EEUU para permitir a la examinación de solicitudes de patentes y contrastarlas con el registro indio, evitando de este modo, el otorgamiento de patentes abusivas. La consulta misma está sujeta a una cláusula de confidencialidad en el uso de la información.

En España, existen los Inventarios de los Conocimientos Tradicionales relativos al Patrimonio Natural y la Biodiversidad y a los Recursos Fitogenéticos para la Agricultura y la Alimentación⁹³. Algunos países de América Latina han reconocido en su legislación nacional la protección del conocimiento tradicional así como la necesidad de crear registros que deben ser elaborados con la participación y consentimiento previo de las comunidades indígenas

89 World Intellectual Property Organization, *Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore, 3rd Session, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/6, (GNV), punto 7. (2002).

90 UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, Doc. MISC/2003/CLT/CH/14 (oct. 17, 2003)

91 Véase id., artículo 2

92 El registro fue regulado por la *Patents (Amendment) Act* N° 15 de 2005 de India.

93 Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, 13 de diciembre de 2007 (España). Ley 30/2006, de semillas y plantas de vivero y de recursos fitogenéticos, 26 de julio de 2006 (España).

propietarias del conocimiento. Los registros también están siendo desarrollados desde las propias comunidades y pueblos indígenas, lo que permite la identificación, apropiación y protección de su patrimonio cultural.

La legislación peruana establece que los pueblos indígenas pueden registrar sus conocimientos tradicionales en tres tipos de registros⁹⁴. El primero es el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que contiene los conocimientos que se encuentren en el dominio público. Registra y organiza la información para que los conocimientos no se pierdan en el tiempo y se puedan desarrollar otros nuevos. El segundo corresponde al Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que contiene conocimientos que eventualmente pueden generar mayor valor productivo y que no pueden ser consultados por terceros⁹⁵. El tercer caso son los Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, organizados por los propios pueblos indígenas de conformidad con sus usos y costumbres⁹⁶. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI) presta asistencia técnica para la organización de estos registros.

Actualmente, en Perú a través del Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI), del Instituto Nacional de Salud, se desarrolla un Inventario Nacional de Plantas Medicinales de uso Tradicional que incluirá las especies de los diversos pisos ecológicos: costa, sierra y selva. Uno de los problemas de este sistema es la dificultad para proteger el acceso a los conocimientos tradicionales, puesto que la mayor parte de los registros implica un grado de accesibilidad para terceros no indígenas. Aunque se ha consolidado un número creciente de bases de datos de conocimientos tradicionales en Perú, éstas no cumplen con los requisitos técnicos necesarios para ser usadas como fuente del estado de la técnica, de manera que resultan deficitarios como mecanismo de protección preventiva.

4.1.2 Sistema de dominio público de conocimientos tradicionales

Desde la perspectiva tradicional del derecho de propiedad intelectual, el dominio público constituye el depositario de los conocimientos tradicionales y del folklore. La falta de cumplimiento de los requisitos de originalidad individual e innovatividad traslada automáticamente dichos saberes, especialmente los pertenecientes a los pueblos indígenas, a la categoría del dominio público dentro del derecho de propiedad intelectual occidental⁹⁷. Desde esta perspectiva, el conocimiento colectivo que se encuentra en el

94 Ley N° 27.811, establece el régimen de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, 10 de agosto de 2002 (Perú).

95 Véase, id., artículo 18.

96 Véase id., artículo 24.

97 Severine Dusollier, *Estudio Exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*, WIPO, (GNV), pág. 12 (2010).

dominio público consiste en aquel que ha sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas a través de medios de comunicación masiva. Esto significa que dicho conocimiento queda liberado para su explotación comercial y que no puede ser apropiado ya que carece de los requisitos de originalidad e innovatividad necesarios.

Para los defensores de esta posición, los conocimientos tradicionales son sencillamente demasiado viejos como para merecer protecciones propietarias, ya que cualquier derecho de propiedad intelectual, aunque sea colectivo y *sui generis*, debe ser limitado en el tiempo. Los conocimientos tradicionales indígenas habrían superado los límites temporales de una protección⁹⁸.

Algunos Estados aceptan que los conocimientos tradicionales y expresiones culturales indígenas entren al dominio público, pero refuerzan su protección con regímenes especiales, particularmente en el caso del folklore; es el caso de algunos países africanos, como Argelia, Kenya y Rwanda. Sin embargo, muchos Estados, así como la casi totalidad de los movimientos indígenas, rechazan que los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales y, menos aún, los recursos genéticos queden a libre disposición⁹⁹. Para las comunidades y organizaciones indígenas, el dominio público es una categoría extraña e inadecuada debido a contiene formas culturales tradicionales que fueron extraídas en violación de las reglas y costumbres indígenas y, normalmente, sin su consentimiento previo. De allí que no se pueda sostener que sean parte del dominio público, porque no fueron publicadas o difundidas de forma lícita, sino en perjuicio de las comunidades, sus tradiciones, su espiritualidad y sus capacidades económicas.

La posición consistente de EEUU en la OMPI ha sido que los conocimientos tradicionales deben protegerse como parte del dominio público, para evitar su apropiabilidad por parte de terceros mediante derechos monopólicos, como los de propiedad intelectual. En la doctrina legal se ha criticado el llamado “romance del dominio público”, por cuanto la sobreprotección de la propiedad intelectual privada ha engendrado un ideal de libre compartición y acceso que, a veces, enmascara graves desigualdades en el acceso a los bienes comunes de la cultura. Ese es el caso de los pueblos indígenas que han sido discapacitados para acceder a dichos bienes y beneficiarse de ellos, además de verse obligados a compartir sus propios conocimientos frente a las grandes empresas que son, también, las más capacitadas para aprovechar innovativamente los conocimientos del acervo del dominio público¹⁰⁰.

98 Daniel Gervais, *Trips, Doha and Traditional Knowledge*, J. WORLD INTELL. PROP. L., VOL. 6, ISSUE 3, (2003).

99 Véase Declaración de Kimberly, CUMBRE INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE DESARROLLO SUSTENTABLE, TERRITORIOS DE KHOI-SAN, KIMBERLY, (RSA), párrafo 6 (2001).

100 Anupam Chander & Madhavi Sunder, *The Romance of the Public Domain*, CALIF. L. REV. VOL. 92, ISSUE 51331-1374, (2004).

4.1.3 Sistemas de licenciamiento abierto para conocimientos tradicionales

Una nueva alternativa de protección ha surgido de los derechos positivos de propiedad intelectual o propiedad intelectual reversa (*copyleft*), los cuales consisten en sistemas contractuales de licencia que prohíben la apropiación privada de ciertos conocimientos y, simultáneamente, permiten que sean compartidos bajo ciertas condiciones fijadas por el creador del conocimiento. Originalmente derivados de las prácticas de innovación abierta y el software libre, estos esquemas han ganado rápidamente prestigio y cobrado alcance general gracias a las licencias de *Creative Commons*.

La Fundación Natural Justice e International Development Law Organization proponen el desarrollo de sistemas de licenciamiento que permitan crear un espacio común de conocimientos tradicionales¹⁰¹. Este esquema requiere comunidades titulares de conocimientos tradicionales que licencien el acceso a sus conocimientos en conformidad con sus reglas consuetudinarias, y en los términos y condiciones que deseen, para usos no comerciales de tales conocimientos. Uno de los antecedentes corresponde a las relaciones de los curanderos con los *gunis* (sanadores) de Rajasthan¹⁰².

Los protocolos bioculturales se desarrollaron originalmente como una herramienta propia de las comunidades, en el contexto de negociaciones de acuerdos de repartición de beneficios, pero se está extendiendo a otros contextos como los de la Programa Conjunto de las Naciones Unidas para la Reducción de Emisiones provenientes de deforestación y de la degradación de los bosques (UN-REDD). El objetivo de este tipo de protocolos es asegurar el papel central de las comunidades que han sido custodias de los ecosistemas. Aunque el contenido de cada protocolo biocultural, sus términos y condiciones, son únicos en función de las diversas perspectivas de las comunidades indígenas y locales, existen algunos puntos comunes, como el acceso relativamente libre, el uso no comercial, la reciprocidad, la dualidad y el equilibrio. Estos últimos importan formas de intercambio que incluyen la recepción en las comunidades de las derivaciones de sus conocimientos, así como otras formas de distribución de beneficios.

La comunidad Warumungu, en la ciudad de Tenant Creek en Australia central, quería un sistema digital en línea con sus protocolos culturales, lo que dio origen al sistema Mukurtu¹⁰³. Sus desarrolladores crearon licencias de conocimientos tradicionales reconociendo que las comunidades indígenas tienen un uso y expectativas de acceso diferentes en lo que respecta a sus conocimientos y materiales. Las licencias requieren permisos especiales y

101 IDLO, *Imagining a Traditional Knowledge Commons, a community approach to sharing traditional knowledge for non-commercial research*, (IDLO, 2009), (ITA.).

102 IDLO, *Imagining a Traditional Knowledge Commons, a community approach to sharing traditional knowledge for non-commercial research*, (IDLO, 2009), (ITA.), págs. 11-12.

103 Véase MUKURTU, disponible en: <http://www.mukurtu.org>

el reconocimiento adecuado por parte de la comunidad de origen y se basan en *Creative Commons* así como en licencias de derechos de autor para especificar derechos de acceso y uso. Mukurtu constituye una comunidad libre y de código abierto cuya gestión de contenidos se basa en herramientas y estándares internacionales pero con capacidad para adaptarse a los protocolos locales y a sistemas de propiedad intelectual de las comunidades indígenas, bibliotecas, archivos y museos.

4.1.4 Autorregulación mediante códigos de buena conducta

Se observa un avance de mecanismos de autorregulación para llenar los vacíos o la total inexistencia de legislación. Esto ha tenido especial resonancia en el ámbito de prácticas de laboratorios en el acceso a conocimientos relacionados con recursos genéticos, aunque también otros sectores industriales, como el arte y la moda, han implementado estos esquemas. En el sector académico, la expansión de prácticas de autorregulación ha ido de la mano con otras preocupaciones sobre ética de la investigación y usos del conocimiento.

Para Bannister estos esquemas deben cumplir seis condiciones para aspirar a resolver las controversias sobre el uso de conocimientos tradicionales:

- a) Reconocer daños ocurridos en el pasado ocasionados por actores privados.
- b) Respetar la cultura, las tradiciones y las reglas de los grupos indígenas.
- c) Considerar los intereses de los grupos indígenas.
- d) Conceptualizar y desarrollar la investigación desde una visión de cooperación con las comunidades.
- e) Ajustar la investigación para dirigirla a las consideraciones y necesidades de los pueblos indígenas.
- f) Disponibilidad voluntaria e informada de la comunidad para conceder acceso a sus conocimientos.
- g) Brindar oportunidades para que la comunidad pueda reaccionar ante los hallazgos de la investigación¹⁰⁴.

La efectividad de estos mecanismos dependerá siempre de las capacidades de negociación que tengan los pueblos indígenas para hacer que las empresas o los centros de investigación cumplan adecuadamente sus reglas. De esa manera, los esquemas de autorregulación no son muy eficaces sin sistemas de protección positiva de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

104 Kelly Bannister, *Non-legal instruments for the protection of the intangible cultural heritage*, en: PROTECTION OF FIRST NATIONS CULTURAL HERITAGE: LAWS, POLICY, AND REFORM, (Catherine Bell, Robert Paterson, (Eds.), (UBC Press, 2008).

4.1.5 Sistema de compartición de beneficios con consentimiento previo e informado

Este es el sistema que instaló el Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica (CDB) entre cuyos objetivos está “(...) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”¹⁰⁵.

Un grupo especial de trabajo se reunió en 2001 en Bonn, Alemania, con el fin de preparar un proyecto de directrices sobre acceso a recursos genéticos y participación justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización, el que fue sometido a debate y enmiendas para su posterior adopción en abril de 2002. Las directrices de Bonn¹⁰⁶, indican que los términos de participación variarán dependiendo de lo que se considere justo y equitativo en función de las circunstancias.

Posteriormente, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos, participación justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización del CDB¹⁰⁷, el cual establece que las medidas nacionales de participación en los beneficios deben estipular que los que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, así como de sus aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartan de manera justa y equitativa con la parte contratante que provea esos recursos. La utilización incluye actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o bioquímica de los recursos genéticos. La participación en los beneficios deberá estar sujeta a condiciones mutuamente acordadas y pueden ser monetarios o no monetarios, como resultados de investigación compartidos o transferencia de tecnología. Este protocolo también propone la creación de un mecanismo mundial multilateral de participación en los beneficios, con la finalidad de abordar recursos genéticos que se producen en zonas o situaciones transfronterizas en las que no puede obtenerse el consentimiento.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN), en concordancia con el CDB, aprobó mediante su Decisión 391 en 1996, un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos¹⁰⁸, que regula el acceso a éstos y sus

105 Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo, 93/626/CEE, (1992), (BRA.), artículo 1.

106 Organización de las Naciones Unidas, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Directrices de Bonn sobre el acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, COP 6 DECISION VI/24, (2002), (CAN.), en adelante las Directrices de Bonn.

107 Organización de las Naciones Unidas, Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, (2011), (CAN.).

108 Comunidad Andina de Juristas, *Decisión 391 Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos*, GACETA OFICIAL DEL ACUERDO DE CARTAGENA, AÑO XII, N° 213, (1996).

productos derivados. Tiene por objeto, entre otros, prever condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso. Siguiendo esa misma línea, algunos países han dictado normas desarrollando estas obligaciones a nivel interno, tales como la Medida Provisoria 2.186-16 de Brasil¹⁰⁹, la Ley 27.811 de Perú¹¹⁰ y la Ley sobre Diversidad Biológica de Venezuela¹¹¹.

Zapara sostiene que la participación en los beneficios debe resolver cuestiones derivadas de los siguientes puntos: la naturaleza del recurso en cuestión, su uso y la naturaleza o tipo de beneficios. Algunos interrogantes que deben responderse son los siguientes: ¿cómo surge la obligación de distribuir los beneficios?; ¿entre quiénes debería distribuirse? o ¿quiénes son los beneficiarios?, y ¿cómo cuantificar y asignar los beneficios entre los beneficiarios? Agrega que deben establecerse medidas para fomentar y distribuir los beneficios y para disminuir los costos de las transacciones involucradas porque si el sistema es excesivamente caro, los beneficios no llegarán a los destinatarios. Por último, la repartición también debiera contemplar respuestas a preguntas como: ¿qué capacidad deben tener las autoridades locales?; ¿cómo se puede prevenir el uso de material en el dominio público?; ¿de qué forma se puede guardar la información en un registro y con qué propósito?; y considerando que el valor del conocimiento está en su confidencialidad, ¿cómo se puede asegurar que los usuarios potenciales estén al tanto de a qué comunidades deben consultar para usar un determinado conocimiento?¹¹²

Los beneficios, por su parte, pueden ser monetarios y/o no monetarios. Dentro de los no monetarios destacan la participación de nacionales en actividades de investigación; la distribución de los resultados, por ejemplo, un conjunto completo de especímenes entregados a instituciones nacionales; apoyo a la investigación en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; fortalecer la capacidad de transferencia tecnología incluida la biotecnología; fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas y

(PER.), disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/gace213.pdf>.

109 República Federativa do Brasil, Presidencia de la República, Casa Civil, Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Medida Provisional N° 2.186 – 16, regula el Artículo II del § 1 y 4 del art. 225 de la Constitución, arts. Párrafo 1, 8, “j”, 10, “c”, 15 y 16, apartados 3 y 4 del Convenio sobre la Diversidad Biológica que establece el acceso a los recursos genéticos, la protección y el acceso a los conocimientos tradicionales asociados, el intercambio de beneficios y el acceso a la tecnología y transferencia de tecnología para su conservación y uso, y otras medidas, (2001), (BRA.), disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm.

110 Véase, Ley N° 27.811, supra nota 94.

111 Ley de Diversidad Biológica, 24 de mayo de 2000 (Venezuela).

112 BEATRIZ ZAPATA, ASPECTOS LEGALES SOBRE RECURSOS GENÉTICOS Y ASUNTOS CONEXOS. SU APLICACIÓN EN BOLIVIA, (2000).

de las comunidades locales respecto a los componentes intangibles asociados a los recursos genéticos y sus derivados; acceso, por parte de ciudadanos nacionales, a todos los especímenes nacionales depositados en las colecciones internacionales *ex situ*; entrega a los proveedores, sin pago de regalías, de todas las tecnologías elaboradas como consecuencia de la investigación sobre especies endémicas; donación a las instituciones nacionales del equipo utilizado en las investigaciones; libre acceso a las tecnologías y productos resultantes del acuerdo; intercambio de información; protección de las aplicaciones locales existentes y de los derechos de propiedad intelectual; control de los métodos de prospección biológica; recopilación y preparación de muestras; supervisión de la diversidad biológica; supervisión socioeconómica y/o técnica de viveros y técnicas agronómicas (aumento de la capacidad de conservación); y creación de institucionalidad¹¹³.

De acuerdo a la CAN “los contratos en este campo han estado dominados por los acuerdos entre partes o por la ilegalidad, que se funda en el desequilibrio existente entre las partes que requieren acceder a los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales, y las partes que proveen dichos recursos a nivel local. Estas dificultades han generado dudas respecto a los resultados a obtenerse a partir de las formulaciones contenidas en el CDB, en especial, ante la ausencia de una obligación legal que garantice el cumplimiento satisfactorio de éstas por los países desarrollados”¹¹⁴.

Lo anterior está íntimamente ligado a las prácticas del consentimiento previo informado y a los acuerdos recíprocos que deben organizar los sistemas de participación en los beneficios. Teóricamente, debe existir un consentimiento; es decir, un acuerdo expreso de los proveedores de acceso a los conocimientos o recurso genéticos explicitado a las autoridades competentes, nacionales o locales. En segundo lugar, debe ser informado, o sea basado en la información previamente disponible, la cual debe ser clara, completa y hallarse razonablemente disponible. Finalmente, consentimiento debe ser previo o anterior al acceso a los conocimientos o recursos aspirados.

Las Directrices de Bonn indican que el consentimiento previo debe cubrir los siguientes aspectos: las autoridades competentes encargadas de decidir; los plazos y fechas límites en el proceso; la necesidad de especificar el uso concreto que se hará de los recursos; los mecanismos de consulta; y el procedimiento para obtener el consentimiento. Por otra parte, el acceso a los conocimientos y recursos debe realizarse bajo condiciones mutuamente acordadas o acuerdos recíprocos que deben ser resultados de procesos de negociación entre las partes. Las Directrices de Bonn establecen, en su

113 Comunidad Andina de Naciones & BID, *Distribución de beneficios*. Documento Temático, estrategia regional de biodiversidad para los países del Trópico Andino, preparado por Consorcio, GTZ/FUNDECO/IE, pág. 22 (2001).

114 Véase Comunidad Andina de Naciones & BID, *supra* nota 108, pág. 5.

parágrafo 43, una serie de requisitos básicos a tener en cuenta en el marco de las condiciones mutuamente acordadas¹¹⁵.

4.1.6 Sistema de derechos colectivos *sui generis*

Finalmente, existe el sistema de derechos de propiedad intelectual, o de protección positiva, que adjudica derechos de índole colectiva a los pueblos indígenas. Este es el sistema que propugna la UNDRIP¹¹⁶, así como la mayoría de las constituciones latinoamericanas. En la actualidad se está imponiendo como la tendencia internacional dentro de la OMPI y es la opción que mayor respaldo ha encontrado en el movimiento indígena internacional.

De acuerdo con las organizaciones indígenas, un sistema de reconocimiento de derechos colectivos constituye la mejor opción de protección, dada la naturaleza comunitaria y dinámica de los conocimientos tradicionales indígenas. Los derechos de propiedad intelectual *sui generis* permiten operacionalizar y proyectar las demandas de autonomía de los pueblos indígenas sobre sus sistemas simbólicos y la biodiversidad asociada a su historia y cultura. Por otra parte, estos derechos, en su naturaleza y alcance, pueden quedar regulados por las reglas del derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas correspondientes, de manera que serían el resultado de procesos de pluralismo jurídico. Perú¹¹⁷, Brasil¹¹⁸, Panamá¹¹⁹ y Costa Rica¹²⁰ reconocen derechos de propiedad intelectual modificados para los pueblos indígenas, pero sin establecer claramente su regulación por el derecho consuetudinario indígena.

El carácter *sui generis* viene dado por el vínculo permanente con la cultura de los pueblos indígenas, siendo de naturaleza inalienable y perpetua, antes que instrumental y temporal, como los derechos de propiedad intelectual regulares. Por otro lado, están vinculados al control autónomo –conservación y renovación– sobre los recursos cognitivos de los pueblos indígenas y a la autodeterminación. A diferencia del sistema clásico de derechos de propiedad intelectual –patentes, denominaciones de origen, derecho de autor, variedades vegetales, derechos editoriales, etc.–, se trata de derechos integrales sobre los diversos componentes de los sistemas de

115 Véase, Directrices de Bonn, *supra* nota 106.

116 Véase Nelson & Winter, *supra* nota 2, artículo 31.

117 Véase Ley N° 28.216, de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, (2004) (Perú).

118 Véase Ley de Biodiversidad del Brasil, Medida Provisional N° 2.186-15, 26 de julio de 2001 (Brasil).

119 Véase Ley N° 20, sobre el régimen especial de propiedad de los derechos colectivos de las comunidades indígenas para la protección de su identidad cultural y de los conocimientos tradicionales, 26 de junio de 2000 (Panamá).

120 Véase Ley de Biodiversidad N°7788, 30 de abril de 1998 (Costa Rica).

conocimientos indígenas que reflejan su naturaleza holística e integrada¹²¹. Además, como resulta evidente, los titulares son los pueblos indígenas representados según sus propias formas de autoridad y decisión. Finalmente, el contenido y alcance son flexibles variando según las reglas del derecho consuetudinario indígena.

Estos sistemas requieren reglas de interculturalidad que regulen y resuelvan la colisión entre distintos sistemas normativos, atendiendo a que diversas comunidades pueden concurrir por los mismos recursos. Esto puede significar que una comunidad acepte usos comerciales de sus conocimientos, del mismo modo que rechace usos no comerciales. Todo depende de sus procesos internos de decisión. ¿Cómo se ejercen esos derechos? constituye un problema absolutamente intracomunitario. La comunidad o pueblo puede otorgarle la custodia, el poder de autorización de uso, o la explotación a una persona singular si así lo resuelve.

Las consecuencias jurídicas no se agotan en la impugnación de solicitudes de derechos exclusivos de propiedad sobre conocimientos tradicionales. Esto quiere decir que surgen otra índole de responsabilidades por la vulneración y daños provocados así como del Estado frente a dichas amenazas.

Por otro lado, el sistema *sui generis* requiere ser complementado con sistemas de registro y de participación en los beneficios, los cuales ganan en efectividad otorgando capacidades de negociación y resguardo para las comunidades indígenas que de otro modo no podrían alcanzar. Existe controversia sobre cómo se pierden o extinguen estos derechos. Los movimientos indígenas demandan que sean regulados por el derecho consuetudinario propio de los colectivos indígenas titulares de derechos.

4.2 Evolución de las propuestas de regulación internacional

Los esfuerzos internacionales en estas materias, en su mayoría se encuentran en un estado de soft law, con la salvedad del régimen del CDB¹²² y el Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹²³, ambos ratificados por Chile. El Convenio 169 sólo establece el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres¹²⁴. La CDB establece la conservación in situ de la biodiversidad; esto es, la conservación de la biodiversidad en las condiciones de los ecosistemas originales, lo que es especialmente importante para las comunidades y pueblos indígenas cuyos imaginarios y sistemas de conocimiento están estrechamente vinculados a sus ecosistemas, generando intercambios en equilibrio con éstos, convirtiéndose

121 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 12.

122 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 105.

123 Véase UNESCO, *supra* nota 90.

124 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), 72 Official Bull. 59, *entrada en vigor* 5 de septiembre de 1991.

en mejoradores genéticos y guardianes de la biodiversidad en períodos muy prolongados. Esta condición se reconoce el artículo 8 j) de la convención¹²⁵. De esa manera, la CDB establece el principio de consentimiento informado y de compartición de beneficios para el acceso y uso de los conocimientos relacionados con la diversidad biológica. Los regímenes ABS (Access & Benefits Sharing), de la CDB, han obtenido resultado disímiles en las diversas regiones así como en los sectores funcionales de aplicación¹²⁶. El problema básico de la CDB es que no reconoce a los pueblos indígenas como propietarios originarios y guardianes de una vasta cantidad de variedades de recursos genéticos, poniendo a los Estados como únicos soberanos sobre los recursos genéticos en territorios indígenas¹²⁷.

Los pueblos indígenas han sostenido en foros internacionales que es necesario fortalecer tanto los derechos procedimentales, tales como el consentimiento previo informado, y los acuerdos en términos recíprocos, como los sustantivos de los pueblos indígenas respecto de los recursos genéticos y conocimiento tradicional¹²⁸.

En la séptima reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, conocida como Conferencia COP7, se propusieron un conjunto de medidas para proteger y asegurar los derechos procedimentales o de participación de los pueblos indígenas en los mecanismos ABS de la CDB. Las más relevantes son:

“(xiv) Divulgación del país de origen/fuente/procedencia legal de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados en solicitudes de derechos de propiedad intelectual; (xv) Reconocimiento y protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos sujetos a la legislación nacional de los países en que están situadas esas comunidades; (xvi) Derecho consuetudinario y prácticas culturales tradicionales de comunidades indígenas y locales (...)”. También: “(xviii) Código de ética/código de conducta/modelos de consentimiento fundamentado previo

125 Este artículo señala que: “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

126 SARAH LAIRD & RACHEL WYNBERG, ACCESS AND BENEFIT-SHARING IN PRACTICE: TRENDS IN PARTNERSHIPS ACROSS SECTORS, UNEP CBD TECHNICAL SERIES N° 38, (2008).

127 Debra Harry & Le´a Malia Kanehe, *The BS in Access and Benefit Sharing (ABS): Critical Questions for Indigenous Peoples, THE CATCH: PERSPECTIVES IN BENEFIT SHARING*, EDMOND INSTITUTE & THIRD WORLD NETWORK, (Beth Burrows ed., 2008).

128 Indigenous Peoples Council on Biocolonialism (IPCB), Call of the earth (COE); International Indian Treaty Council (IITC), Potential threats to indigenous peoples' rights by the convention on biological diversity's proposed international regime on access and benefit sharing, 17 – 19 ENERO 2007, PFII/2007/WS.4/9, (2007).

u otros elementos con el fin de garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios por las comunidades indígenas y locales (...)”¹²⁹.

Tanto como para la determinación de los derechos substantivos como los procedimentales de los ABS, el aspecto clave consiste en el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas:

“In practice PIC (Prior Informed Consent) typically involves a participatory process, collective decision-making and, in some cases, written agreement. Recognition of the diversity within and among indigenous peoples, unique customary legal and organisational structures, cosmovisions and lifestyles is required in order to develop flexible and appropriate procedures for local-level PIC”.¹³⁰

Las Directrices de Bonn¹³¹ pusieron énfasis en las obligaciones de los privados de compartir sus beneficios bajo las leyes nacionales, como parte de su relación contractual con los pueblos indígenas y comunidades. El régimen sugerido indica que los beneficios deberían ser equitativa y justamente compartidos con todos aquellos que contribuyen al manejo de los recursos y a los procesos científicos y comerciales, y que tales beneficios deben ser dirigidos a promover la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica¹³². Sin embargo, no existen regulaciones propuestas sobre la compartición de beneficios entre Estado y pueblos indígenas, o entre Estados.

Por su parte, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial establece un sistema nacional de inventario del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, imponiendo un deber débil para alcanzar una participación más amplia de las comunidades, los grupos y, si procediera, de los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio asociándolos activamente a la gestión del mismo¹³³.

Dependiendo de los objetivos específicos del régimen de protección de recursos genéticos y conocimientos tradicionales, los inventarios, registros y bases de datos pueden jugar un rol sustancial para los pueblos indígenas tanto en la promoción y preservación del conocimiento tradicional, en la provisión de medios para asistir a los procedimientos de investigación de patente y en la identificación del arte previo (*prior art*), así como en la identificación de las comunidades que puedan ser titulares de beneficios

129 Organización de las Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, CONFERENCIA DE LAS PARTES EN EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, UNEP/CBD/COP/6/20, DECISION VII/19D, ANNEX, 6º REUNIÓN, (2002), (GNV).

130 Véase Swiderska, *supra* nota 87, pág. 22.

131 Véase Directrices de Bonn, *supra* nota 106.

132 Elisa Morgera & Elsa Tsioumani, *The Evolution of Benefit Sharing: Linking Biodiversity and Community Livelihoods*, Rev. European Community & Int'l 15, 150-173 (2010).

133 Véase UNESCO, *supra* nota 90, artículo 15.

compartidos y de derechos exclusivos. También son útiles para registrar conocimientos tradicionales sobre los cuales se han reconocido derechos nacionales y consuetudinarios, así como para proteger información. Sin embargo, las bases de datos y registros por sí solos no protegen efectivamente los conocimientos tradicionales y no sustituyen los derechos procedimentales y sustanciales de los pueblos indígenas y comunidades locales sobre ellos¹³⁴.

El Protocolo de Nagoya procura desarrollar el CDB con respecto a los derechos procedimentales de los pueblos indígenas y comunidades locales. Este protocolo fue preparado por el grupo de trabajo especial sobre ABS, constituido en 2004 por la Conferencia de Estados partes¹³⁵. De acuerdo al protocolo, los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la parte que aporta dichos recursos, ya sea el país de origen de dichos recursos, o quien haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el convenio, debiendo llevarse a cabo en condiciones mutuamente acordadas¹³⁶.

El artículo 5.2 señala que cada parte adoptará las medidas legislativas, administrativas o de políticas, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos por dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, sean compartidos de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. El artículo 5.5 dispone lo mismo para los conocimientos tradicionales asociados. Tanto el acceso a los recursos genéticos, como a los conocimientos tradicionales asociados, depende del consentimiento previo informado de las comunidades locales e indígenas involucradas. En virtud del protocolo, se crea un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios o Clearing House.

El artículo 17.1.a indica que las partes establecerán puntos de verificación designados, los cuales recolectarían o recibirían, según proceda, información pertinente relacionada con el consentimiento fundamentado previo, con la fuente del recurso genético, el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o la utilización de recursos genéticos, según corresponda. Esta información también puede considerar la recepción de certificados internacionalmente reconocidos de cumplimiento de los requerimientos internacionales y nacionales. Lo anterior quiere decir que el protocolo admite la injerencia de esquemas de cumplimiento o verificación

134 MERLE ALEXANDER, K. CHAMUNDEESWARI, ALPHONSE KAMBU, MANUEL RUIZ, BRENDAN TOBIN, THE ROLE OF REGISTERS AND DATABASES IN THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE, A COMPARATIVE ANALYSIS, UNU-IAS, (2004), pág. 38.

135 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 107.

136 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 107, artículo 5.

respecto de los procedimientos de consulta y divulgación de información. Al respecto, el artículo 17.3 señala que un certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente servirá como prueba de haber accedido al recurso conforme al consentimiento fundamentado previo, conviniéndose condiciones de acuerdo con lo establecido legalmente, o por los requisitos reglamentarios nacionales sobre acceso y participación en los beneficios de la parte que otorga el consentimiento fundamentado previo.

4.3 Hacia un régimen internacional de protección *sui generis*

Debido a que los sistemas de derechos de propiedad intelectual son, para la mayor parte de los interesados, inadecuados para proteger los conocimientos tradicionales y que los derechos *sui generis* se adaptan mejor a los marcos legislativos nacionales y a las reglas de los sistemas de derecho consuetudinario, estos últimos cuentan con mayor apoyo dentro de los pueblos indígenas para establecer un modelo de protección internacional a los conocimientos tradicionales¹³⁷. Esta visión se ha ido imponiendo en las tres áreas del mandato del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de la OMPI, las cuales a continuación revisaremos.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, en las discusiones de este comité se propuso la construcción de un derecho colectivo *sui generis* que fuera sistemático y comprensivo respecto de los usos culturales del conocimiento por parte de los pueblos indígenas a fin de preservar su carácter holístico¹³⁸. Debe ser un derecho que permita prevenir el uso no autorizado y el abuso de los conocimientos tradicionales, prevenir que se fije, o inmovilice, el conocimiento tradicional que se encuentre autorizado o sea distorsionador. Un derecho que tenga efectos similares a las bases de datos, en el sentido de evitar la competencia desleal y exigir el develamiento de información técnica atingente; y un derecho que sirva de fundamento para un sistema de compartición de beneficios. Desde 2008, el grupo de trabajo intersesional ha preparado un proyecto de artículos sobre la protección de los conocimientos tradicionales¹³⁹. Los principios de la protección a partir de

137 Anna Poschung, *The protection of indigenous peoples' traditional knowledge through an international regime on access and benefit-sharing*, pág. 50 (November 2, 2009), disponible en http://www.iew.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/dwr/iew/content/e3911/e4043/e6182/poschung_anna_ger.pdf (última revisión febrero 10, 2013).

138 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de la OMPI. Desde la sesión del grupo de trabajo intersesional que tuvo lugar entre 19 de julio a 23 de julio de 2010 (Ginebra, Suiza), ya se cuenta con un proyecto de articulado que incorpora la propuesta de derechos *sui generis*. Véase Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore – Grupo de Trabajo Intersesional. http://www.wipo.int/meetings/es/details.jsp?meeting_id=20443 (última revisión febrero 10, 2013).

139 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos

los cuales se fundamenta este proyecto han sido discutidos y desarrollados al interior de la OMPI. En síntesis son:

- a) Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de los poseedores de conocimientos tradicionales: la protección debe reflejar las aspiraciones, expectativas y necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales; en particular, se deben reconocer y respetar, en lo posible y cuando resulte apropiado, las prácticas, los protocolos, leyes indígenas y consuetudinarias.
- b) Principio de reconocimiento de los derechos: reconocer el derecho de los poseedores de conocimientos tradicionales a la protección eficaz de sus conocimientos contra la apropiación indebida.
- c) Principio de efectividad y accesibilidad de la protección: las medidas destinadas a proteger los conocimientos tradicionales deben ser eficaces, así como comprensibles, asequibles y accesibles para sus beneficiarios, teniendo en cuenta el contexto de los poseedores de los conocimientos.
- d) Principio de flexibilidad y exhaustividad: la protección debe respetar la diversidad de los conocimientos tradicionales y otorgar suficiente flexibilidad para que las autoridades nacionales puedan determinar el medio apropiado para aplicar los presentes principios en el marco de los mecanismos legislativos vigentes y de otros específicos, valiéndose de una amplia gama, considerando que un enfoque demasiado limitado o rígido podría dificultar las consultas necesarias con los poseedores de los conocimientos tradicionales.
- e) Principio de equidad y participación en los beneficios: la protección debe reflejar la necesidad de velar por un justo equilibrio entre los derechos y los intereses de los poseedores de los conocimientos tradicionales, de quienes los utilizan y disfrutan. También debe tener en cuenta la necesidad de conciliar preocupaciones políticas diversas con la necesidad adoptar medidas concretas que sean proporcionales a los objetivos de protección y al mantenimiento de un justo equilibrio de intereses.
- f) Principio de concordancia con los sistemas jurídicos vigentes aplicables al acceso a los recursos genéticos conexos: la facultad de otorgar acceso a los recursos genéticos, estén o no vinculados a conocimientos tradicionales, corresponde a los gobiernos nacionales y está sujeta a la legislación nacional. La protección de los conocimientos tradicionales debe estar en concordancia con los

Tradicionales y Folclore, Segundo Grupo de Trabajo entre Sesiones, Proyecto de Artículos sobre la Protección de los Conocimientos Tradicionales Elaborado en el IWG 2, Ginebra, 21 a 25 de febrero 2011, 17 de marzo de 2011. WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IWG/2/3.

sistemas de propiedad intelectual vigentes y servirles de apoyo, y debe fomentar la aplicabilidad de los correspondientes sistemas de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales en aras de sus titulares y de los intereses del público.

- g) Principio de respeto de los instrumentos y procesos internacionales y regionales y cooperación con los mismos: la protección de los conocimientos tradicionales debe realizarse en conformidad con los objetivos de otros instrumentos y procesos regionales e internacionales pertinentes, sin menoscabar los derechos y obligaciones específicos establecidos en instrumentos jurídicos vinculantes.
- h) Principio de respeto del uso y la transmisión consuetudinarios de los conocimientos tradicionales: al proteger los conocimientos tradicionales deben respetarse y tenerse en cuenta el uso, las prácticas y las normas consuetudinarias.
- i) Principio de reconocimiento de las características específicas de los conocimientos tradicionales: la protección de los conocimientos tradicionales debe responder al contexto tradicional, colectivo o comunal y al carácter intergeneracional de su desarrollo, preservación y transmisión. Debe considerar su relación con la identidad e integridad cultural y social, las creencias, la espiritualidad y los valores de la comunidad, así como su carácter evolutivo.
- j) Principio de prestación de asistencia para atender las necesidades de los poseedores de conocimientos tradicionales: deberá prestarse asistencia a los poseedores de conocimientos tradicionales con el fin de fortalecer sus capacidades jurídicas y técnicas y crear la infraestructura institucional que necesitan para aprovechar y utilizar eficazmente la protección de la que disponen en virtud de los presentes principios¹⁴⁰.

El proyecto reconoce a las comunidades su derecho a generar, proteger, preservar y transmitir los conocimientos, en un contexto tradicional, de una generación a otra. También reconoce a ciertos individuos, legitimados en el seno de las comunidades conforme a los protocolos, leyes y prácticas consuetudinarias, como poseedores de los conocimientos de la comunidad, o que son designados administradores de ellos por los procesos, costumbres o instituciones tradicionales apropiadas.

La regla propuesta como artículo 3¹⁴¹ señala que los Estados deben

140 World Intellectual Property Organization, Protection of Traditional Knowledge: Overview of Policy Objectives and Core Principles, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, VII Sesión, WIPO DOC. WIPO/GRTKF/IC/7/5 (2004).

141 De acuerdo a la versión del articulado para la sesión 24 del Comité Intergubernamental.

proveer las medidas políticas, administrativas y legales adecuadas para prevenir el develamiento no autorizado, el uso o cualquier otra explotación de los conocimientos tradicionales. Dicha regla también establece el derecho exclusivo para los titulares de los conocimientos tradicionales para prevenir las apropiaciones indebidas y los malos usos, incluyendo cualquier adquisición, apropiación, utilización o práctica de su conocimiento tradicional sin el consentimiento previo informado y el establecimiento de condiciones mutuamente acordados.

Para esos efectos se considera uso o utilización de los conocimientos tradicionales su manufactura, importación, oferta de venta, venta, almacenamiento o uso más allá del contexto tradicional, o bien estar en posesión de un producto para los propósitos de ofrecerla en venta, venderla o uso más allá del contexto tradicional, cuando configuran dichos conocimientos tradicionales un producto. Cuando se traten de procesos, el uso de conocimientos tradicionales consiste en usarlos más allá del contexto tradicional o vender, manufacturar, importar, ofrecer para venta, almacenar o usar más allá del contexto tradicional un producto que resulta directamente de esos procesos, o bien estar en posesión de tales productos para los propósitos de ofrecerlos en venta, venderlos o usarlos más allá del contexto tradicional. Finalmente, se considera uso conocimientos tradicionales para la investigación y desarrollo para el lucro o fines comerciales.

La adquisición o la utilización de los conocimientos tradicionales exigen siempre el consentimiento informado previo como condición de acceso legítimo, el cual debe ser obtenido en conformidad con el derecho consuetudinario propio de la comunidad respectiva.

Respecto a las instituciones jurídicas nacionales que pueden ejecutar los objetivos y principios de la propuesta, se plantea un criterio flexible pudiendo ser mediante: reglas de propiedad intelectual, ley especial sobre los conocimientos tradicionales, legislación del derecho de contratos, derecho de responsabilidad civil, derecho penal, leyes relativas a los intereses de los pueblos indígenas, o pesqueras y medioambientales, especiales sobre regímenes de acceso y participación en los beneficios, o cualquier otra ley o combinación de ellas.

El área donde ha sido más difícil llegar a un acuerdo y donde, por tanto, están más rezagadas las propuestas de regulación internacional, es el ámbito correspondiente al conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos. En esta materia, el documento consolidado que produjo el grupo de trabajo de la ONU titulado Asuntos Relativos al Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y

Véase Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore Twenty-Fourth Session, Geneva, April 22 to 26, 2013.

Folclore¹⁴², busca asegurar los principios del consentimiento informado, los acuerdos mutuamente acordados, la compartición equitativa de beneficios y la transparencia de la información. El documento de fecha 22 de febrero de 2012¹⁴³, tiene como principio directriz el prevenir la constitución de derechos de propiedad intelectual incluyendo el acceso y utilización de recursos genéticos y/o conocimiento asociado a ellos en las siguientes situaciones:

- a) Erróneamente por invenciones que no son nuevas.
- b) Cuando no hay consentimiento previo informado, términos mutuamente acordados, y/o cuando no medie un sistema de participación en los beneficios equitativo y justo, y además no se haya revelado el origen o no se cumplan otros requerimientos del derecho nacional.
- c) Cuando se garanticen derechos en violación de los derechos inherentes a los propietarios originales.

Nótese que estas tres posibilidades son disyuntivas y no copulativas. Se discute si debe hacerse referencia sólo a las patentes, o a la generalidad de los derechos de propiedad intelectual o bien si, en la segunda hipótesis, la falta de un sistema de beneficios compartidos es suficiente para quitarle legitimidad al uso de recursos, aunque haya existido un acuerdo.

En el punto 2.7, el documento consolidado contiene dos opciones alternativas como objetivo específico: que no se concedan patentes sobre formas de vida que recaigan en recursos genéticos o formas de conocimiento tradicional, o bien que se incremente la disponibilidad de esos sistemas de derechos de propiedad para la repartición de beneficios.

El principio directriz específico 3.1 señala que todas las oficinas de patentes o registro de propiedad intelectual deben considerar las formas de “arte previo” y el conocimiento tradicional asociado cuando resuelva sobre solicitudes de derechos. El 3.3 indica que los sistemas de presentación de información requerida para garantizar derechos de propiedad intelectual deben asegurar la trazabilidad del uso de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado en la investigación y desarrollo resultante en invenciones patentables.

Por otro lado, el grupo de trabajo se propone establecer un equilibrio con los sistemas de propiedad intelectual, asumiendo que deben mantenerse incentivos para la innovación, otorgar certeza legal de los derechos

142 World Intellectual Property Organization, *Matters Concerning the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources Traditional Knowledge and Folklore*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources, traditional knowledge and folklore, 20th session, WIPO Doc. WO/GA/40/7 (2011).

143 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Documento consolidado en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_20/wipo_grtkf_ic_20_ref_facilitators_text.pdf. (última revisión: 10.7.2012).

y recompensar legítimamente la innovación y proteger la creatividad. En cualquier caso, el documento busca la transparencia en la revelación de la información técnica, especialmente del país de origen de los recursos.

En cuanto al articulado, se propone una redacción que reconozca que los derechos titulares originarios surgen de la existencia misma del conocimiento, con carácter inalienable y perpetuo, intergeneracionales y con capacidad para autorizar o denegar el acceso a recursos genéticos y al conocimiento tradicional asociado. En la única versión existente, el artículo 3.1 descarta la exigencia de registro para proteger los derechos de los titulares originarios. El resto del mismo es controversial, sobre todo en cuanto a la revelación de la información ante la oficina de registro y si será obligatorio u optativo para los privados presentar certificados internacionalmente reconocidos.

Para la defensa de los derechos originarios se propone que la OMPI, con ayuda de las autoridades nacionales, lleve un inventario de bases de datos con información sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional asociado. Se propone la prohibición de patentes sobre formas de vida y recursos genéticos *in situ* y *ex-situ*, o bien incrementar la compartición de beneficios. Para asegurar la transparencia de la información, se sugiere el mecanismo de *Clearing House*, o centro de intercambio de información, establecido por el CDB, o bien su cooperación con la OMPI.

Hay tres opciones para el artículo 8 sobre las sanciones a los privados que violen los derechos originarios cuando constituyen derechos de propiedad intelectual o patentes sobre recursos genéticos:

- a) Una regla general para establecer responsabilidades criminales, administrativas y civiles.
- b) Establecer sanciones legales, civiles y criminales, dentro del sistema de propiedad intelectual, tales como licencias obligatorias y revocación de derechos, con mecanismos alternativos de resolución de disputas y extensión de los derechos cuando las revisiones de información para propósitos de transparencia retrase el otorgamiento del derecho o patente.
- c) Sanciones administrativas que permitan a los organismos de administración, o judiciales, evitar o rechazar una solicitud de derechos o patentes que violen los derechos originarios.

Finalmente, el área donde fue más fácil y donde primero se alcanzaron acuerdos fue el ámbito del folklore, el cual ahora es conceptualizado como expresiones culturales tradicionales. En este ámbito existe una propuesta de articulado en estudio desde 2004¹⁴⁴. Se trata de conceptos equivalen-

144 *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore: Draft Objectives and Principles*, Intergovernmental committee on intellectual property and genetic resources,

tes que abarcan las formas materiales o inmateriales en que se expresan, aparecen o se manifiestan en los conocimientos y en la cultura tradicional. Puede tratarse de expresiones verbales o símbolos, expresiones musicales, corporales –como las danzas y otras ejecuciones– y las materiales como las obras de arte, en particular, dibujos, diseños, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales y obras arquitectónicas.

Para tener derecho a protección, las expresiones culturales tradicionales deben ser: producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y de la comunidad; tener características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural; y ser mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad, o por individuos con derecho o responsabilidad para hacerlo, de conformidad con el derecho y la práctica consuetudinaria¹⁴⁵.

La propuesta de articulado ofrece tres niveles de protección basados en el uso de sistemas de registro y difusión de expresiones tradicionales, los cuales en orden decreciente de protección son: las expresiones culturales tradicionales secretas se protegerán frente a la divulgación no autorizada, su consiguiente utilización, frente a la adquisición y el ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre las mismas por terceros. Las expresiones “de valor cultural o espiritual o importancia singulares”, siempre que se hayan registrado o notificado, se protegerán frente a usos sin consentimiento de la comunidad pertinente. Además, estarán protegidas frente al incumplimiento de la obligación de reconocer la fuente de las expresiones culturales tradicionales y frente a la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas u otro tipo de atentado, así como ante la adquisición o el ejercicio de derechos exclusivos de propiedad intelectual. Asimismo, se protegen frente a la utilización de designaciones, palabras y símbolos que den lugar a vínculos engañosos o despreciativos de las comunidades respectivas.

Las expresiones no registradas se protegerán mediante normas que regulen su utilización por parte de terceros. Estos usos deben efectuarse de manera que garanticen la adecuada identificación de la comunidad de origen, impidan la deformación, mutilación u otra modificación de las mismas, u otro tipo de atentado, no den lugar a que se establezca un vínculo falso, confuso o engañoso con la comunidad pertinente, y se establezca una participación equitativa de los beneficios cuando el uso o la explotación se realice con ánimo de lucro.

traditional knowledge and folklore, 10 th SESSION, WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/10/4 (2006).

145 Véase World Intellectual Property Organization, *supra* nota 134, artículo 2.

El presente año es el período final y decisivo para el proceso que está llevando la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en las tres áreas abordadas. En las sesiones 23^a (febrero), 24^a (abril-mayo) y 25^a (julio) se revisarán, una vez más, en el Comité Intergubernamental las propuestas sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales en orden sucesivo. En la sesión 25^a se revisará el estado de avance de las tres propuestas de articulado y se hará una propuesta a la OMPI para que ésta decida, en su asamblea general de octubre, si convocará a una conferencia diplomática internacional para negociar convenciones internacionales en aquellos tres ámbitos.

Sin duda, donde existen más controversias, debido a los intereses económicos involucrados, es en los recursos genéticos. Las grandes industrias genéticas internacionales han asumido que las regulaciones propuestas son centrales en el futuro del comercio del material genético en el mundo, así como el movimiento indígena internacional reconoce que las posibilidades de ejercer su autonomía dependerán de cómo logren asentar sus derechos sobre la constitución genética de las formas de vida y ecosistemas donde han vivido tradicionalmente. En cualquier caso, si se logran acuerdos que sean satisfactorios en torno a esas materias, y armónicos con los acuerdos ya alcanzados en las otras áreas de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, podría generarse a partir de allí un proceso muy fuerte de regulación jurídica global, que podría otorgar nuevos derechos humanos y fundamentales a los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

Los sistemas simbólicos del conocimiento del pueblo Mapuche están múltiplemente amenazados y ya han sido vulnerados por el funcionamiento del sistema jurídico de derechos de propiedad intelectual, en sus diversas dimensiones. Esto se explica tanto por la lejanía de los conceptos de dicho sistema respecto de las manifestaciones del conocimiento mapuche, como a la posición subordinada con que históricamente se le ha tratado, desmejorando sus capacidades para ejercer sus derechos. El sistema legal chileno no reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus sistemas de conocimiento haciéndolos más vulnerables a formas de apropiación ilegítima por parte de terceros, incluso con la complicidad o tolerancia del Estado.

A excepción del CDB¹⁴⁶, el derecho positivo existente, incluyendo el Convenio 169¹⁴⁷, no proporciona soluciones a estas materias. Dicho convenio fomenta un sistema de participación en los beneficios y consentimiento previo e informado basado en acuerdos de condiciones mutuas. Junto a

146 Véase Organización de las Naciones Unidas, *supra* nota 105.

147 Véase Organización Internacional del Trabajo, *supra* nota 124.

él existen los registros o inventarios entre otras opciones, incluyendo el reconocimiento de derechos colectivos *sui generis*.

El derecho internacional ha evolucionado respecto de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como el acceso a recursos genéticos, todo lo cual converge en formas *sui generis* de protección mediante derechos colectivos y sensibles a las reglas del derecho consuetudinario indígena y al pluralismo jurídico complementándose con otros sistemas. Probablemente, esta solución se impondrá tarde o temprano en Chile como resultado de los procesos de globalización jurídica, de los cuales son fruto, también, los derechos humanos de los pueblos indígenas.

EL CONVENIO 169 DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO: LA DISCRIMINACION LABORAL

José Luis Ugarte Cataldo

Abogado de la Universidad de Chile y doctor en derecho del trabajo por la Universidad de Salamanca.
Profesor de derecho del trabajo de la Universidad Diego Portales y la Universidad Alberto Hurtado.
Ex abogado del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo (1994 y 2007).

1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

La perspectiva central del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, leída desde el derecho del trabajo, es el principio de interdicción de la discriminación; tal como lo señala en su artículo 20, número 2:

“Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso.
- b) Remuneración igual por trabajo de igual valor.
- c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda.
- d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores”.

Se trata de un principio fundamental para toda la normativa internacional de la OIT² en materia laboral: la prohibición de la discriminación

1 Véase en general Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO No. 169), 72 Official Bull. 59, entrada en vigor 5 de septiembre de 1991.

2 Se trata de uno de los principios y derechos considerados fundamentales por la OIT: (a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. (b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. (c) La abolición efectiva del trabajo infantil. (d) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª Reunión, 1998, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos considerados fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, (Junio 18, 1998).

en el empleo de trabajadores indígenas. Desde esta perspectiva, el puente central de comunicación entre el Convenio 169 y el derecho del trabajo es la prohibición de la discriminación. La cuestión es cómo la normativa laboral debe enfrentar tal exigencia para lograr una adecuada tutela anti-discriminatoria en el empleo de los trabajadores indígenas.

Desde el punto de vista histórico, en una primera etapa el derecho laboral fue construido desde un sujeto laboral universal (*homo faber*), sin connotaciones raciales ni étnicas, sino económicas y políticas. Un sujeto que trabajaba subordinadamente a cambio de un salario dentro de la empresa capitalista; de ahí que se construyera un derecho con vocación universal e indiferenciada, donde las normas iban dirigidas a todo trabajador que se encontrara en situación de subordinación.

Por tanto, en buena parte del derecho laboral del siglo XX no existieron normas que sancionaran la discriminación y reconocieran colectivos en situaciones históricas de inferioridad laboral ya que todos confluían, como nuevo sujeto jurídico, en la condición de trabajador asalariado. En ese contexto, podemos hablar de un derecho laboral completamente insensible a la situación de los trabajadores indígenas, quienes no representan para el legislador ninguna especificidad digna de atención así como, en rigor, ningún otro integrante de minorías sociales y/o culturales.

Desde la década del 50, sin embargo, –por influencia del Convenio 100³, sobre Igualdad de Remuneración y del Convenio 111⁴ sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, ambos de la OIT– se comenzaron a incluir normas que consagraron el derecho a la no discriminación en materia de empleo. En ese sentido, y ya en una segunda etapa, el derecho del trabajo reconoció la existencia de prácticas discriminatorias relevantes y estableció el derecho de los trabajadores a no ser objeto de diferencias arbitrarias tanto en el acceso como en el desarrollo de la relación de empleo. En dicho momento surge, por especial influencia del Convenio 111 y su artículo 1°, la recepción de un catálogo de criterios considerados discriminatorios:

“La discriminación comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

3 Véase en general Convenio relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de obra Masculina y la Mano de obra Femenina por un Trabajo de igual Valor (OIT N° 100), 165 U.N.T.S., entrada en vigor mayo 23, 1953.

4 Véase en general Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (OIT N° 111), 362 U.N.T.S., entrada en vigor junio 15, 1960.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo”.

Aunque tardíamente, aparece a fines de los años setenta –con la dictación del Decreto Ley 2.200 de 1978– la norma del artículo 2° del Código del Trabajo en Chile que, como en buena parte de los textos similares en el continente, incluye una lista de criterios considerados discriminatorios en materia de empleo. Dicha disposición señala:

“Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Como es fácil advertir, la raza, entendida también como etnia, siempre es considerada un criterio discriminatorio en el ámbito laboral, cuestión que hace visible en el derecho la existencia de los trabajadores indígenas.

El punto es que, en esta etapa, el compromiso con la discriminación se queda en buena parte de los ordenamientos jurídicos simplemente en un interés puramente discursivo, puesto que las normas sustantivas que contemplan la discriminación laboral como ilícito –al estilo del citado artículo 2° chileno– que no va acompañado de un diseño institucional que brinde protección efectiva a los trabajadores afectados por las prácticas discriminatorias. De hecho, la propia OIT señala que: “la ausencia de procedimientos de aplicación eficaces podría explicar por qué en muchos países sigue habiendo discriminación pese a existir leyes en su contra”⁵.

Por lo anterior, la evolución final del derecho del trabajo las normas debería dar lugar al diseño de instituciones, especialmente acciones y recursos judiciales, que busquen dar tutela efectiva a los trabajadores objeto de prácticas discriminatorias. El punto es que dicho avance debe ser leído, en el caso de los trabajadores indígenas, desde la exigencia del Convenio 169.

2. LOS DESAFÍOS CONCEPTUALES, INSTITUCIONALES Y REPARATORIOS DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

La cuestión relevante es determinar en qué punto el derecho del trabajo responde correctamente al desafío de la interdicción de la discriminación laboral previsto por el Convenio 169. En ese sentido, los problemas que deben enfrentarse al asumir el desafío de la no discriminación son de diversos tipos:

5 Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª Reunión, 2011, Informe del Director General, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe IB (Parte 1A), pág. 37 (2011).

En primer lugar, el desafío conceptual que dice relación con la recepción de una figura amplia de discriminación laboral, que contemple tanto las conductas empresariales fundadas en motivos de raza y otros motivos conexos –como la discriminación por apariencia o el acoso laboral cultural–, como las figuras neutrales que tengan efectos discriminatorios en materia de empleo respecto de los colectivos indígenas.

En segundo lugar, el desafío institucional de diseñar mecanismos jurídicos que permitan a los trabajadores indígenas recibir protección efectiva frente a la discriminación laboral, en particular, la posibilidad de recabar protección administrativa y/o judicial eficaz en los diversos momentos de las relaciones de trabajo.

En tercer lugar, el desafío reparatorio que dice relación con la capacidad del derecho del trabajo a establecer mecanismos que garanticen el restablecimiento de la vigencia del principio de no discriminación laboral mediante las consecuencias jurídicas idóneas y necesarias que correspondan.

De este modo, es posible construir un estándar para determinar si el derecho del trabajo ha logrado responder, desde la perspectiva normativa, a la exigencia del Convenio 169 de prohibición amplia de la discriminación en el empleo en protección de los trabajadores indígenas. Y serán precisamente tales criterios los que nos permitirán determinar, si en el caso particular del derecho laboral chileno, se ha dado suficiente respuesta a los diversos desafíos reseñados en la tutela antidiscriminatoria de los trabajadores indígenas.

3. LA INCORPORACIÓN DE UNA NOCIÓN ABIERTA DE DISCRIMINACIÓN: LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y FIGURAS CONEXAS COMO LA APARIENCIA Y LAS RAZONES CULTURALES

Una de las cuestiones más básicas en la construcción de una efectiva interdicción de la discriminación en materia laboral es el correcto diseño conceptual de la figura que se busca reprimir. Y aunque se trata de un desafío general del principio de prohibición de la discriminación en el empleo, tendrá consecuencias especialmente significativas para la situación de los trabajadores indígenas protegidos por el Convenio 169.

En ese punto, el elemento calificador dice relación con un diseño conceptual amplio, entendiendo por esto, primero el establecimiento de un catálogo extenso de criterios que ameriten sospecha que dé cabida a formas no típicas de discriminación; y segundo, la recepción de la figura de la discriminación indirecta.

Ambas cuestiones, como veremos, son fundamentales para el trabajador protegido por el Convenio 169. De partida, no existen dudas interpretativas sobre la expresión “raza” utilizada en los catálogos antidiscriminatorios que debe ser entendida en sentido amplio. Pero ello no basta. Desde el punto

de vista de los trabajadores indígenas, como acreditan algunas experiencias comparadas⁶, existen prácticas que se expresan a través de criterios aparentemente neutrales pero con un alto impacto para ese colectivo, particularmente en materia de acceso y promoción en el empleo, exigencias innecesarias para un cargo o una función determinada. Para responder a esa realidad es imprescindible desarrollar la noción de discriminación indirecta por razón de raza.

Pero ocurre también que los trabajadores indígenas son afectados por otras prácticas discriminatorias que se fundan en criterios sospechosos, especialmente la apariencia, y que tienden a perjudicarlos con especial relevancia. De este modo, conceptualmente hablando, es necesario que el derecho del trabajo contemple tanto una noción amplia de discriminación –directa e indirecta–, como de los motivos que se consideraran sospechosos para dichos efectos –catálogo abierto de motivos–. Revisemos los distintos tipos de discriminación laboral y su recepción en el derecho del trabajo chileno.

3.1 Discriminación laboral directa

La discriminación laboral ha sido un concepto construido en relación a la igualdad. Se dice que en su sentido más propio, corresponde a una manifestación del principio de igualdad que tiene “un contenido más específico y se refiere a la llamada tutela antidiscriminatoria, que importa una paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias de trato, cuyo carácter odioso se reconoce como contrario a la dignidad humana”⁷.

La tutela antidiscriminatoria se organiza en torno a la noción de discriminación laboral directa. Esta figura corresponde a las distinciones de trato en materia laboral fundadas en criterios considerados odiosos o sospechosos, sea que se trate del momento de la contratación, como la ejecución y la terminación de la relación laboral. En el caso chileno, esa figura está expresamente reconocida en el artículo 2° del Código del Trabajo:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

6 Especialmente la norteamericana con la jurisprudencia de discriminación laboral indirecta desde el caso “Griggs vs Duke Company”, un ejemplo, precisamente, de discriminación por raza en el empleo. Corte Suprema, Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) (Estados Unidos).

7 Jesús Mercader Uguina, *El marco teórico del principio de igualdad*, en LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO, pág. 211 a 267 (Luis Enrique De la Villa Gil, Lourdes López Cumbre (Dir.), 2003).

Como se desprende de esa norma, en nuestro orden jurídico la discriminación por raza se encuentra expresamente contemplada como una hipótesis de discriminación directa, entendiéndose por raza lo señalado por la OIT: “se han interpretado como motivos que también cubren la discriminación basada en el origen étnico o en la pertenencia a un pueblo indígena”⁸.

De hecho, el único e inaugural pronunciamiento judicial sobre el punto corresponde a un caso de discriminación directa. El caso corresponde a malos tratos verbales consistentes en referencias constantes a la calidad de indígena de una trabajadora, con expresiones tales como “esta mapuche, esta niña siempre está amargada, parece que el faltara un hombre”, “indígena que no me escucha que no me toma atención, tan amargada que es” y otras expresiones similares. La sentencia señala que la trabajadora ha “sido objeto de comentarios denigratorios por su ascendencia mapuche” y “se declara que la denunciada ha vulnerado el derecho a la no discriminación por raza de la señorita Catalina Lepileo Tenorio, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° del Código del Trabajo”⁹.

El problema es que, como suelen mostrar las prácticas laborales en el caso de los trabajadores indígenas, la discriminación supone una amplia variedad de conductas que son difíciles de calzar en la hipótesis específica de discriminación directa por raza, o etnia, prevista en el código laboral chileno.

En efecto, existen dos posibles casos relacionados con la discriminación por razón de raza que no quedan comprendidos en la noción de discriminación directa, y que pueden afectar seriamente la operatividad de la tutela antidiscriminatoria de los trabajadores indígenas. Nos referimos básicamente a las siguientes figuras: a) La discriminación laboral atípica y b) La discriminación laboral indirecta.

En el primer caso, la discriminación por raza o etnia se traslada a otros casos de discriminación directa asociados a ella: la apariencia, los ritos culturales, etc. En el segundo, en cambio, se utilizan motivos neutrales pero que se proyectan en resultados discriminatorios sobre los trabajadores indígenas. Es obvio, entonces, que de no contemplarse estas figuras y tipos conceptuales la tutela de la discriminación laboral de los trabajadores protegidos por el Convenio 169 queda a medio camino.

3.2 Discriminación laboral atípica: por raza o etnia

La figura debe ser amplia en relación al abanico de motivos que se consideraran como fundamentales de una conducta discriminatoria,

8 Véase Martin Oelz y Leila Jiménez, Discriminación y Pueblos Indígenas y Tribales, BOLETÍN LA OIT Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 2007, pág. 5, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100544.pdf

9 Segundo Juzgado de Letras y Trabajo de Santiago, Sentencia Rol T 403-2010, considerando primero, Marzo 19, 2011 (Chile).

extendiendo el reproche no sólo a los motivos habitualmente contemplados como tales —como la raza y la etnia— sino que a otras razones que producen igual resultado, como la apariencia o la pertenencia cultural. En ese sentido el derecho del trabajo debe recepcionar la figura de la discriminación laboral atípica y específicamente aquellas hipótesis relacionadas de modo relevante con la etnia o la raza.

Lo primero dice relación con la recepción de una figura amplia de discriminación laboral, que abarque no sólo las conductas empresariales fundadas en motivos exclusivos de raza (discriminación laboral directa), sino aquellas otras basadas en motivos conexos, como la discriminación por apariencia o el acoso laboral cultural.

El principal problema conceptual es que el derecho del trabajo suele contener, al modo del artículo 2° del Código del Trabajo chileno, una lista de criterios considerados discriminatorios, pero dichos catálogos excluyen en ocasiones algunos motivos que pueden ser considerados discriminatorios. En el derecho internacional del trabajo, el artículo 1° del Convenio 111 de la OIT señala:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y [ocupación] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

Aunque esta norma integra una cláusula de apertura en su letra b), lo que ha llevado a afirmar que esta enumeración “no puede ser considerada de ningún modo como taxativa, sino como puramente ejemplificativa”¹⁰,¹⁰ la utilización de la misma depende de la voluntad de los órganos que aplican el derecho nacional (legislador y jueces), lo que importa que en aquellos casos donde no exista acuerdos en las comunidades jurídicas de que se trata,

10 OSCAR ERMIDA URIARTE, MEDITACIÓN SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO, Cuadernillos de la Fundación Electra N° 1 (Montevideo, 2011).

existan posibilidades de que ciertos motivos o razones no sean considerados discriminatorios.

En el caso chileno, la situación del derecho del trabajo es aún más compleja, ya que el Código del Trabajo en el precepto citado anteriormente, no contempla siquiera una cláusula de apertura que permita expandir el catálogo de criterios expresamente previstos, esto es, ampliarlo a figuras atípicas de discriminación. La literalidad de ese precepto legal ha generado, en la comunidad laboral, el debate acerca sobre la posibilidad de incorporar otros criterios discriminatorios en materia de empleo. La resolución de esta cuestión es clave para la protección de los trabajadores indígenas en cuanto las figuras de discriminación laboral asociadas a la raza, como son la “discriminación por apariencia” y la “discriminación cultural” son, precisamente, situaciones que giran en torno a motivos no previstos por el precepto legal citado.

El debate se encuentra abierto, pero la tendencia indica que ha comenzado a solucionarse por la alternativa más expansiva. De hecho, planteada por primera vez por la jurisprudencia, la solución de los tribunales del trabajo fue considerar el catálogo como meramente ilustrativo, permitiendo la incorporación de otros “motivos discriminatorios” atípicos dentro del sistema de protección laboral, concretamente la consideración de la discapacidad como uno de ellos¹¹. En la misma perspectiva, y también en un pronunciamiento inaugural, el Tribunal Constitucional sostuvo —a propósito de un recurso de inaplicabilidad, que “las normas que prohíben la discriminación arbitraria contenidas en el Código del Trabajo deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes, especialmente, los artículos 19 n° 2° y 19 n° 16°, inciso tercero, de la Carta Fundamental”¹².

Esta discusión, sobre una noción amplia de la discriminación laboral, como ya señalamos, es fundamental para los trabajadores protegidos por el Convenio 169 de la OIT, en cuanto de ella depende que en el derecho del trabajo chileno se puedan sancionar en el futuro dos figuras de discriminación próximas a la discriminación por raza: por una parte, aquella motivada por la apariencia, y por otra, la motivada por la identidad cultural.

3.3 Discriminación laboral indirecta: por raza o etnia

Un segundo desafío en términos conceptuales, como ya apuntamos, es la ampliación de las conductas que serán consideradas discriminatorias, abarcando no sólo aquellas fundadas en los motivos considerados expresamente odiosos, sino también aquellas que fundadas en motivos neutrales

11 Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, Sentencia Rol T 63-2011, mayo 23 de 2011 (Chile).

12 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2107, 2011, considerando octavo, noviembre 17, 2011 (Chile).

tienen un resultado o efecto discriminatorio. En ese sentido, es que se dice que el derecho del trabajo debe recepcionar la noción de discriminación laboral indirecta y específicamente la noción de ese tipo de discriminación por raza o etnia.

Como se ha apuntado, la discriminación indirecta no tiene como causa externa un móvil discriminatorio, “aun cuando los resultados que produce sí lo son”¹³, entendiéndose por ese resultado un efecto negativo –impacto adverso– sobre un colectivo determinado de trabajadores. En efecto, la aplicación de un mismo trato diferenciador (*prima facie*) lícito a todos los sujetos por igual, puede redundar en desigualdades atendiendo las características específicas de ciertos grupos. Por ejemplo, el supeditar el dominio de un idioma o un determinado nivel de enseñanza educacional como requisito para acceder a un cargo cuando dicha cualificación no resulte estrictamente necesaria para el mismo, afecta irremediablemente a los miembros de todos aquellos grupos sociales que están en una condición desmejorada para formarse en un idioma o que pertenezcan a una determinada nacionalidad, o que no pudieron terminar sus estudios. En estos casos, las prácticas laborales del empleador “asumirán un carácter discriminatorio en atención a los efectos adversos que produzcan para quienes pertenezcan a un grupo determinado, de aquellos que el ordenamiento jurídico asume en desventaja (si el grupo perjudicado, indirectamente, fueran los nacionales de un determinado país), donde la medida deberá ser estimada como discriminatoria”¹⁴.

El fundamento de la discriminación indirecta dice relación con la existencia de grupos tradicionalmente postergados que son objeto de prácticas en apariencia neutrales, pero con impacto relevante en términos de igualdad de acceso o de trato en materia de empleo y trabajo.

No es difícil, entonces, entender que en el caso del trato de trabajadores indígenas la noción de discriminación indirecta resulta clave: se trata de un colectivo susceptible de ser impactado adversamente en situación de empleo o de trabajo por requerimientos y/o prácticas aparentemente neutrales, como requisitos educacionales exigentes, o determinadas estructuras remuneracionales.

La noción, a la luz de lo señalado, de discriminación laboral indirecta, por raza y etnia, debe ser construida recogiendo los elementos señalados: las prácticas o conductas laborales de las empresas aparentemente neutrales que impacten de modo significativo y desproporcionado a trabajadores indígenas, sin justificación razonable que explique ese impacto. En el derecho chileno, esta figura no se encuentra recepcionada normativamente, ni tampoco en las prácticas jurisprudenciales, lo que limita la protección antidiscriminación en

13 Daniel Pérez del Prado, *Discriminación indirecta y la prueba estadística*, JUSTICIA LABORAL N°43, 2010, pág. 97.

14 Eduardo Caamaño Rojo, *La discriminación laboral indirecta*, REVISTA DERECHO (VALDIVIA), 2001, Vol. 12, N° 2, diciembre 2001, pág. 67.

los casos evidentes donde es posible determinar la existencia de un motivo de raza para fundar el trato a un trabajador.

El punto es que de no considerarse estos aspectos conceptuales en la legislación y en la jurisprudencia, el derecho del trabajo responde sólo parcialmente el desafío del derecho a la no discriminación previsto en el Convenio 169.

4. EL DISEÑO DE PROCEDIMIENTOS INSTITUCIONALES DE FISCALIZACIÓN Y REPRESIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

Desde el punto de vista institucional, el Convenio 169 de la OIT exige al derecho del trabajo el correcto diseño de procedimientos que brinden protección efectiva contra la discriminación en el empleo. La cuestión fundamental es *¿cómo hacer operativa y eficaz la protección?* La respuesta supone, a nuestro juicio, dos desafíos institucionales básicos: el establecimiento de un mecanismo administrativo eficaz que garantice el derecho a la no discriminación, y el diseño de un procedimiento judicial que responda a situaciones individuales de discriminación desde la perspectiva del discriminado, haciéndose cargo del problema fundamental de la prueba.

4.1 Mecanismos de protección administrativa contra la discriminación laboral

En el primer caso, se trata del establecimiento de una institucionalidad administrativa que permita una protección general a los afectados por prácticas discriminatorias. Ello es tan relevante para la protección de los trabajadores indígenas, que viene exigido expresamente en el Convenio 169, en su artículo 20, número 4:

“Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio”.

La cuestión no parece sencilla, al menos, para el derecho del trabajo chileno; especialmente en cuanto supone dotar de facultades legales relevantes a órganos administrativos de fiscalización laboral que detecten y sancionen las vulneraciones generales al principio de no discriminación laboral. Ahí está el problema chileno puesto que –a pesar de existir un órgano administrativo especializado en materia laboral con facultades fiscalizadoras– no se contempla ningún mecanismo administrativo de represión de la discriminación laboral.

En efecto, la Inspección del Trabajo, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, tiene como función primordial la fiscalización de la legislación laboral y previsional. Esta función consiste “en velar por la correcta aplicación de

las leyes del trabajo en todo el territorio de la Republica”¹⁵ y “la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación”¹⁶. La acción de fiscalizar consiste en controlar el cumplimiento de las normas laborales, debiendo sancionar las conductas que no se ajusten al programa normativo de la ley vigente. El objeto fiscalizado no sólo corresponde a la legislación laboral, sino que también incluye normas de higiene y seguridad¹⁷, así como normas de carácter previsional¹⁸. Las sanciones previstas son fundamentalmente multas administrativas, que la ley gradúa de acuerdo al tamaño de la empresa y la cantidad de trabajadores, con el objeto de que el cumplimiento sea proporcional a la capacidad económica del sancionado.

Pues bien, explicado lo anterior, cabe señalar que dicha fiscalización no alcanza los casos de discriminación laboral como lo exige el Convenio 169. Por el contrario, según señala la ley¹⁹, a dicho órgano le corresponde denunciar el hecho ante los tribunales de justicia en el marco de la denominada acción de tutela laboral. Dicho de otro modo, a diferencia de la generalidad de los casos en que se produce afectación de derechos de los trabajadores –en particular en materia de discriminación laboral– el derecho nacional solamente contempla un rol de denuncia, no de fiscalización y sanción por parte de la autoridad administrativa, a pesar de tratarse de una norma legal vigente la que establece dicho derecho²⁰, cuestión que evidentemente lo aleja de la exigencia internacional: “garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio”.

Los trabajadores indígenas no cuentan con un mecanismo administrativo que cautele su derecho a la no discriminación laboral, en ninguna etapa de la relación de empleo, quedando a su disposición sólo el mecanismo de protección judicial.

4.2 Protección judicial: tutela amplia y prueba aliviada

Una cuestión especialmente relevante para que el derecho del trabajo de cuenta correctamente del desafío de la protección contra la discriminación laboral de los trabajadores indígenas del Convenio 169, es la tutela judicial

15 Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1967, que dispone la reestructuración y fija funciones de la Dirección del Trabajo, art. 5° (Chile).

16 Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 476 (Chile).

17 Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 184 (Chile).

18 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Decreto Ley 3.500 de 1980, art. 19; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, 23 de septiembre, 2005, art. 185; y Ministerio de Salud, Decreto Supremo N° 3 de 1984, aprueba reglamento de autorización de licencias médicas por las Compin e instituciones de salud previsional, arts. 50 y 57 (Chile).

19 Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 486 (Chile).

20 Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 2 (Chile).

del derecho a la no discriminación. Especialmente, en lo que dice relación con el diseño de acciones y procedimientos judiciales que sancionen efectivamente la discriminación laboral de los trabajadores indígenas.

En esta dimensión institucional-judicial parece especialmente relevante que estos procedimientos enfrenten dos cuestiones problemáticas. Primero, que se hagan cargo de la protección del derecho a la no discriminación en los distintos momentos del desarrollo de la relación de trabajo, esto es, el iter contractual del empleo (pre-ocupacional, ocupacional y post-ocupacional), y segundo, que dichos diseños institucionales se hagan cargo del denominado problema probatorio.

La cuestión es sencilla y dice relación con la pregunta por la forma de acreditar que el móvil de un trato laboral fue la consideración de la pertenencia a una comunidad indígena y no otra explicación de cobertura, como la capacidad del trabajador o las necesidades de la empresa. En el derecho del trabajo chileno, ese desafío ha sido respondido mediante la denominada acción de tutela laboral, mecanismo judicial que protege los derechos fundamentales del trabajador en sede laboral, la que, como veremos a continuación, responde sólo parcialmente a la cuestión expuesta.

a) Tutela temporal amplia

La tutela eficaz contra la discriminación laboral supone una protección en los distintos momentos del desarrollo de la relación de trabajo; esto es, en el iter contractual del empleo: pre-ocupacional, ocupacional y post-ocupacional. De este modo, la protección judicial establecida por el derecho del trabajo, o tutela laboral, debería ser utilizada por el trabajador en los tres momentos en que tradicionalmente se ha dividido la relación de empleo: antes del contrato, durante la ejecución del mismo y a su término.

En ese sentido, y en lo que nos importa, un trabajador indígena debería recibir protección contra la discriminación laboral producida al momento de la selección de trabajadores (discriminación pre-ocupacional; por ejemplo, selección por “buena presencia”), durante la ejecución del contrato (discriminación ocupacional; por ejemplo, salarios inferiores) y al momento del término del contrato de trabajo (discriminación post-ocupacional; por ejemplo, despido por razones de raza o etnia).

El punto es que quizás ésta sea una de los mayores déficits del derecho del trabajo chileno en relación con la protección de la discriminación laboral, en cuanto la acción de tutela laboral señalada no contempla la protección contra la discriminación pre-ocupacional. En efecto, el artículo 485 del Código del Trabajo establece que “también se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”. La excepción se refiere, precisamente, a los actos previos a la contratación laboral, esto es, discriminación pre-ocupacional.

De este modo, en Chile los empleadores pueden ser objeto de acción judicial de tutela laboral si otorgan un trato discriminatorio a los trabajadores indígenas durante el desarrollo de la relación laboral, o si dicho trato se produce el momento de su despido, pero no podría ejercerse si dicha práctica discriminatoria se produjo antes de la celebración del contrato de trabajo. Esto ha sido cuestionado por la doctrina laboral señalando que “lo anterior configura una situación bastante grave y lamentable, porque un principio de rango constitucional como el de no discriminación, cuya protección va asociada al respeto a un derecho inherente de todo ser humano, se transforma prácticamente en una declaración de buena voluntad en nuestro actual ordenamiento, y a pesar de su relevancia jurídica, queda en los hechos enteramente subordinado al principio de libertad de contratación”²¹. Una exclusión que no parece tener justificación alguna en el derecho del trabajo, en cuanto existe certeza de que buena parte de las prácticas discriminatorias en Chile se producen durante los procesos de selección laboral.

b) Regla de alivio probatorio

Por otra parte, es especialmente necesario que el mecanismo de tutela judicial contra la discriminación laboral contemple reglas especiales sobre prueba, puesto que en el derecho comparado existe una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por discriminación. Se hace, en consecuencia, imperativo para otorgar una tutela efectiva, la reducción del esfuerzo probatorio en los procesos judiciales respectivos.

Dicha dificultad puede plantearse así: ¿cómo un trabajador indígena podrá acreditar que la diferencia de trato que le afecta se debe a razones de su raza y no a razones técnicas o económicas comúnmente esgrimidas por los empleadores?

Las razones de la rebaja en el esfuerzo probatorio al trabajador discriminado son básicamente dos. Por una parte, el carácter manifiestamente velado de la discriminación que encubre conductas aparentemente lícitas y no lesivas lo que hace, si no imposible, muy difícil acreditar el móvil. Como se ha destacado en la doctrina comparada dichas conductas “nunca se presentarán como tales, salvo supuesto extremos, sino enmascaradas y ocultas”²². Por otro lado, el entorno probatorio que enfrenta el trabajador que demanda tutela de sus derechos fundamentales es hostil, como se ha destacado ampliamente en la doctrina: “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada

21 Véase Eduardo Caamaño Rojo, *La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el periodo anterior del nacimiento de la relación laboral*, REVISTA LABORAL CHILENA, N° 117, 2003, pág. 12.

22 Ignacio García-Perrote, *Prueba y proceso laboral*, DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN N° 4, (Madrid, 1994).

proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”²³.

Así las cosas, se hace necesario establecer reglas especiales sobre el esfuerzo en la prueba de dichas conductas por “una pluralidad de razones interrelacionadas de política jurídica: la realización de intereses generales de justiciabilidad de los derechos fundamentales –garantías de justicia–; afrontar el problema práctico consistente en las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o contrario al derecho fundamental –debilidad de la posición probatoria– lo que lleva a establecer reglas especiales de distribución de la prueba a favor de la posición subjetiva del trabajador, agravándose simétricamente la del empresario demandado”²⁴.

Pero ¿en qué consiste el mencionado alivio, o rebaja probatoria, en las denuncias por discriminación laboral? La idea es aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando los efectos del axioma central en la materia que le corresponde probar a quien lo alega (carga de la prueba formal), pero sobre todo que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material).

El derecho del trabajo comparado ha actuado en consecuencia. La Directiva 97/80 de 1997 de la Unión Europea marcó un relevante hito en la materia. En su artículo 4°, a propósito de la carga de la prueba, señala:

“Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

En Chile, el derecho laboral ha resuelto seguir el mismo camino al introducir una norma completamente novedosa para la regulación procesal: “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos

23 Véase Antonio Baylos Grau, *La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*, REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCIÓN N° 5, 1998, pág. 46. En el mismo sentido, Eduardo Caamaño Rojo, *La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral*, REVISTA LABORAL CHILENA 116, (mayo 2003) REVISTA LABORAL CHILENA 116, junio 2003, pág. 70 s-117; y JOSÉ LUIS UGARTE, *EL NUEVO DERECHO DEL TRABAJO* (2004).

24 Véase JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, *LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DESPIDOS LESIVOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES*, Pág.32 (1996).

fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”²⁵.

La víctima o denunciante no está completamente liberada de prueba, pues debe acreditar la existencia de *indicios suficientes* de la existencia de la conducta lesiva para, en ese caso y sólo en ese caso, aprovecharse de la regla prevista en el artículo 493 del Código del Trabajo, correspondiendo al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

Esta norma se muestra como clave para la protección de la no discriminación laboral en general, y de los trabajadores indígenas en particular, permitiendo que el estándar probatorio al que se enfrenten sea menor que en la normalidad de los casos laborales, implicando que el esfuerzo de la víctima, en términos de prueba, no sea convencer plena o íntegramente al juez de lo verídico de los hechos, sino algo distinto: generar una sospecha “razonable” de que la conducta lesiva se ha producido”²⁶.

5. ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE REPARATORIO FUERTE E INTEGRAL: LAS MEDIDAS Y SANCIONES DEL DERECHO A LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES INDÍGENAS

Un último y central desafío que el Convenio 169 impone, a nuestro juicio, al derecho del trabajo en la protección contra la discriminación de los trabajadores indígenas, dice relación con la tutela reparatoria de la lesión a ese derecho fundamental.

Las características de ese sistema reparatorio son un desafío mayor para el modelo antidiscriminatorio del derecho laboral en general y busca responder a una pregunta central de la protección del trabajador: ¿qué consecuencias jurídicas deben seguirse de la calificación de un acto como discriminatorio? No existe una regla general en el derecho del trabajo comparado sobre el punto; sin embargo, lo que parece claro es que esas consecuencias jurídicas deben suponer el diseño y establecimiento de un sistema de reparación fuerte e integral. Por fuerte se entiende que la reparación tenga una intensidad que la transforme en efectiva –disolviendo cualquier mantención de la vulneración de la discriminación– y por integral que alcance todos los extremos de la afectación de la igualdad en el empleo.

En el caso chileno, se trata probablemente del desafío mejor resuelto en términos legislativos de los señalados en este artículo, por cuanto existe un mecanismo de reparación amplio contra la discriminación laboral al interior de la acción de tutela laboral. Dicho mecanismo se encuentra en el artículo 495 del Código del Trabajo:

25 Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 493 (Chile).

26 Véase, José Luis Ugarte, *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*, REVISTA DERECHO PUCV, Valparaíso, V. XXXIII, 2009, pág. 215-228.

“La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada.
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492.
3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan.
4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código. En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”.

De este modo, en el caso de la discriminación laboral por raza o etnia, el derecho del trabajo chileno contempla un mecanismo de reparación institucional que dentro del marco de la función judicial –acción de tutela laboral– establece diversas consecuencias jurídicas. En primer lugar, consecuencias pecuniarias consistentes en una tutela indemnizatoria fijada por el juez atendido el daño provocado por la conducta discriminatoria del empleador, incluyendo las indemnizaciones por daño moral que correspondan, salvo en el caso del despido discriminatorio donde es la ley, y no el juez, quien fija una indemnización por sanción consistente en no menos de seis meses y no más de 11 meses de la remuneración mensual del trabajador²⁷. En segundo lugar, consecuencias no pecuniarias, de carácter inhibitorio al impedir que el empleador persista en la práctica antidiscriminatoria, debiendo, como lo exige la ley, el “cese inmediato” del comportamiento antijurídico. En tercer lugar, consecuencias reparatorias en sentido estricto al exigir que el juez laboral fije “las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales”. En este último caso, y ahí una de las mayores novedades de esta norma legal, es la atribución de una amplia facultad para que los jueces del trabajo fijen esas medidas de reparación.

¿Cómo debe el derecho del trabajo entender tan amplia facultad entregada a los jueces para reparar la discriminación laboral? A nuestro juicio, como regla de fines que se distinguen de las llamadas reglas de acción. Estas últimas se definen por estar destinadas a sus condiciones de aplicación “los

27 Repú Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2002, art. 489 (Chile).

órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”²⁸ y son las que suelen guiar la conducta del juez²⁹. Por su lado, reglas de fines, como sería la de la reparación “constituyen también razones perentorias e independientes del contenido para procurar el estado de cosas prescrito. Ello no obstante, presentar diferencias importantes con las reglas de acción en cuanto al modo de guiar la conducta. Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento. Sin embargo, las reglas de fin trasladan al destinatario de las normas el control (o la responsabilidad) de (por) las consecuencias de la conducta”³⁰.

De este modo, el derecho del trabajo chileno ha previsto una regla de fines en materia de reparación de la discriminación laboral: el juez debe en el caso concreto determinar qué medidas son idóneas y necesarias para lograr el objetivo que le ha trazado el legislador en la norma del artículo 495 del Código del Trabajo, que es obtener la reparación de las consecuencias de la conducta discriminatoria.

6. LA EVALUACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO A PARTIR DE LOS DESAFÍOS DEL CONVENIO 169

El puente central de comunicación, como sostuvimos desde el principio, entre el Convenio 169 y el derecho del trabajo es la prohibición de la discriminación exigida en los términos del artículo 20 de dicho tratado internacional. Este vínculo puede ser leído como una interpelación del derecho internacional al derecho del trabajo de cada ordenamiento jurídico nacional, cuyo contenido es la exigencia de la implementación de una tutela eficaz contra la discriminación laboral de los trabajadores indígenas.

Puestas así las cosas, la cuestión central es cómo debe la normativa laboral enfrentar la exigencia impuesta por el Convenio 169, en términos de lograr una adecuada tutela antidiscriminatoria en el empleo de los trabajadores indígenas. Y ello es, como señalamos, una novedad para el derecho del trabajo, cuyo compromiso con la discriminación laboral por raza o etnia se quedaba, en buena parte de los ordenamientos jurídicos, simplemente

28 Véase MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO, LAS PIEZAS DEL DERECHO: TEORÍA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS, pág. 12 (1996).

29 *Id.*, pág. 13.

30 *Id.*, pág. 12 y 13.

en un interés puramente discursivo. De ahí, que el Convenio 169 suponga un giro relevante para el derecho del trabajo: el avance a una etapa donde las normas laborales den lugar al diseño de instituciones, especialmente acciones y recursos judiciales, que busquen dar tutela efectiva a los trabajadores indígenas. La cuestión relevante será determinar en qué punto el derecho del trabajo responde correctamente a ese desafío de interdicción de la discriminación laboral en los términos expuestos en este trabajo. Como explicamos, los problemas que debe enfrentar el derecho del trabajo, que asume el desafío de la no discriminación, son de diversos tipos.

En primer lugar, el desafío conceptual dice relación con la recepción de una figura amplia de discriminación laboral que contemple las conductas empresariales fundadas en motivos de raza y otros motivos conexos –la discriminación por apariencia–, como las figuras neutrales que tengan efectos discriminatorios en materia de empleo respecto de los colectivos indígenas –discriminación laboral indirecta–. En segundo lugar, el desafío institucional de diseñar mecanismos jurídicos que permitan a los trabajadores indígenas recibir protección efectiva frente a la discriminación laboral, en particular, la posibilidad de recabar protección administrativa y/o judicial eficaz en los diversos momentos de las relaciones de trabajo. En tercer lugar, el desafío reparatorio que dice relación con la capacidad del derecho del trabajo de establecer mecanismos que garanticen el restablecimiento de la vigencia del principio de no discriminación laboral mediante las consecuencias jurídicas idóneas y necesarias que correspondan.

De este modo, es posible construir un estándar para determinar si el derecho del trabajo chileno ha logrado responder, desde la perspectiva normativa, a la exigencia del Convenio 169 de prohibición amplia de la discriminación en el empleo en protección de los trabajadores indígenas.

En un debate recién iniciado en el derecho del trabajo sobre la situación de los trabajadores indígenas, es posible adelantar algunas consideraciones finales: el derecho del trabajo chileno se encuentra a medio camino en la respuesta a la interpelación de la tutela antidiscriminatoria de los trabajadores indígenas exigidas por el Convenio 169. Ello porque, de los variados desafíos que esa interpelación supone, existen avances relevantes en el establecimiento de mecanismos institucionales, particularmente judiciales, que permiten responder a la tutela antidiscriminatoria de los trabajadores indígenas. Esto se expresa en una adecuada previsión normativa sobre alivio de la prueba y medidas reparatorias en el marco de la denominada acción de tutela laboral como se explicó con detalles antes. Pero, al mismo tiempo, existen serias deficiencias que dicen relación con la falta total de protección jurídico- laboral en los momentos previos a la contratación, la inexistencia de mecanismos administrativos que sancionen la discriminación y la no recepción de la noción de discriminación laboral indirecta por raza o etnia.

MAPUCHES Y DERECHO PENAL

Jaime Couso Salas

Doctor en derecho de la Universidad de Sevilla. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, codirector del Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Ha obtenido becas postdoctorales de la Comisión Fulbright (2002, Berkeley) y de la Fundación Humboldt (2006-2012, Berlín).

INTRODUCCIÓN

El artículo se propone analizar el déficit relativo de la dogmática y la práctica penal chilena para un justo tratamiento de determinadas manifestaciones de conflicto y, en su caso de violencia, protagonizadas por personas y grupos pertenecientes al pueblo Mapuche, lo cual exigiría, como se defenderá, considerar la normatividad del derecho propio mapuche así como el contexto cultural y/o histórico en que la violencia se produce.

Tal déficit, así como la pertinencia de considerar la normatividad y la cultura mapuche en el diagnóstico, se aprecian especialmente en el marco del progresivo desarrollo del derecho internacional sobre derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas y minorías étnicas. Esos principios y normas tienen especial fuerza vinculante desde que Chile ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2008, que impuso el desafío de revisar las diversas ramas del ordenamiento jurídico nacional, incluyendo el derecho penal, para examinar su consistencia. De dicho marco se desprende, no sólo el déficit de nuestras normas y prácticas penales, sino también significativas perspectivas para superarlo.

Para caracterizar debidamente el déficit que se acusa y apreciar en toda su importancia las perspectivas superadoras, este artículo se propone identificar ciertos aspectos del sustrato ideológico de nuestro derecho penal, constituido

* Este trabajo fue preparado en el marco de un proyecto más amplio sobre la situación del pueblo Mapuche en el derecho chileno al que me invitó a participar el profesor Jorge Contesse. A él dirijo especialmente mi gratitud por darme la oportunidad de examinar una cuestión de la mayor relevancia política y jurídica que también representa un complejo desafío intelectual. También agradezco las valiosas observaciones y referencias jurisprudenciales aportadas José Manuel Fernández, abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile, quien intervino como comentarista de una primera versión en borrador de este trabajo con ocasión del seminario *El derecho bajo la lupa: las reivindicaciones del pueblo Mapuche* realizado en la Universidad Diego Portales el 15 de mayo de 2012.

por algunas definiciones básicas que sirven de base para su reconstrucción y reproducción cotidiana –en la academia y en la práctica judicial–, disciplina que suele denominarse dogmática penal. También se pretende determinar ciertos aspectos que se encuentran en el sustrato ideológico de los principios y normas del derecho internacional aplicables a la materia y que podemos identificar con el enfoque del multiculturalismo liberal.

El trabajo comienza con una revisión de la forma en que el derecho penal chileno ha tratado dos tipos de comportamiento delictivo protagonizados por personas y grupos pertenecientes al pueblo Mapuche y que pueden ser conflictivos desde el punto de vista interétnico. Luego se identifican, en la dogmática penal de cuño alemán, ciertas definiciones básicas que forman parte del sustrato ideológico de nuestras normas y prácticas penales en la materia y que explican en buena medida los límites internos con que se encuentra nuestro derecho penal para tratar con justicia aquellos conflictos. Finalmente se examinan las perspectivas superadoras que ofrece el multiculturalismo aplicado al problema del tratamiento penal de conflictos interétnicos.

1. DELITO Y CONFLICTO INTERÉTNICO EN DOS TIPOS DE CASOS TRATADOS POR LOS TRIBUNALES CHILENOS

1.1 Tratamiento penal de la violencia para la recuperación de tierras ancestrales: contexto mapuche como agravante (terrorismo)

“El 19 de diciembre del año 2001, un grupo compuesto por aproximadamente 50 personas provenientes de las comunidades mapuche de Tricauco, San Ramón y Chequenco, ingresaron al predio denominado Poluco Pidenco, propiedad de la empresa Forestal Mininco S.A, ubicado en la comuna de Ercilla, procediendo a prender una cantidad superior a 80 focos de fuego en dos sectores del interior del fundo. Producto de esta acción se formaron dos grandes incendios dentro del predio señalado; uno afectó una superficie aproximada de 18 hectáreas, compuestas por bosques de pino y de eucaliptus nitens, matorrales y áreas de protección, ubicadas en el sector norte, en la parte adyacente al río Huequen y colindante con la comunidad San Ramón. El otro incendio afectó una superficie aproximada de 89 hectáreas, compuestas por bosques de pino, de eucaliptus nitens y áreas de protección, ubicadas en la parte central del fundo, en áreas cercanas a caminos prediales y cortafuegos y adyacente a la comunidad de Tricauco. En la perpetración de los hechos tres personas habrían actuado como cabecillas, dirigiendo las acciones e indicando los lugares y la forma de prender el fuego”.

“Dentro de este contexto, personal de brigadistas forestales que combatían el incendio, fueron atacados durante la mañana del 19 de diciembre de 2001 por un número cercano a las 40 personas, los que les arrebataron 2 motosierras y 2 transistores portátiles. También Carabineros que concurren

al lugar, fueron agredidos en el interior del fundo, por medio de piedras lanzadas con boleadoras y elementos contundentes”¹.

En uno de los procesos penales seguidos en contra de los comuneros presuntamente protagonistas de estos hechos de violencia, en agosto de 2004 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol condenó a JHM, PTR, JML, FMS y JMS a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el delito de incendio terrorista realizado contra del fundo Polunco Pidenco, propiedad de la Forestal Mininco S.A.². Esta decisión supone identificar no sólo las características que hacen de cualquier incendio intencional un atentado relativamente grave contra de la seguridad de las personas –o si se quiere, un delito de peligro concreto en contra de la vida y la salud–³, sino una especial gravedad derivada de la intención de producir terror en la población⁴, algo propio de un atentado terrorista y que va más allá de su peligrosidad concreta para las personas pues podría causar un daño indiscriminado⁵ afectando a bienes jurídicos colectivos, como “la ‘tranquilidad pública’ (finalidad de causar temor)” y “(...) la seguridad interior del Estado (arrancar decisiones o imponer exigencias)”⁶, todo lo

1 Síntesis de los hechos tomada de Nicolás Soto, *El delito de incendio terrorista y el principio de proporcionalidad*, pág. 19, (2011) (seminario Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales), (en archivos del autor), citando los considerando segundo y decimocuarto de la sentencia de 22 de agosto de 2004, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, en causa RIT 21-2004 contra Benicio Huenchunao Mariñan y otros.

2 Véase Soto, supra nota 1, pág. 18.

3 SERGIO POLITOFF, JEAN PIERRE MATUS & MARÍA CECILIA RAMÍREZ, *LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. PARTE ESPECIAL*, Ed. Jurídica de Chile, pág. 472 (2ª ed., 2004).

4 Precisamente, el “temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie” derivado de los medios empleados y de la evidencia de un plan premeditado con el propósito de atentar contra un grupo de personas, o de que el hecho se comete para arrancar decisiones en la autoridad o imponerle exigencias tal como señalaba el texto entonces vigente –posteriormente modificado en algunos detalles– del artículo 1 de la Ley de Conductas Terroristas, N° 18.314. Véase en detalle, Informe en Derecho de Antonio Bascuñan para la Defensoría Penal Pública, *El delito de incendio terrorista*, disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/0b3db5f55e09dad3bd5e9d6f637eb25.pdf>. Véase Soto, supra nota 1, pág. 11.

5 Como lo explicaba la exposición de motivos del proyecto de ley para la modificación de la Ley de Conductas Terroristas que luego se convertiría en la Ley N° 19.027, de 1991. Véase Informe en Derecho de José Aylwin, *La aplicación de la Ley N°18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos*, disponible en http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_en_derecho_ley_antiterrorista_y_derechos_humanos_rev.pdf.

6 Myrna Villegas, *El Derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche*, Foro N-OR Working Paper 01/2007, Universidad Católica del Norte, pág. 25, disponible en <http://es.scribd.com/doc/7295665/Villegas-Myrna-El-Derecho-Penal-Del-Enemigo-y-La-Criminalizacion-Del-Pueblo-Mapuche>. La autora hace alusión al orden constitucional

cual configuraría su especial gravedad. En efecto, tal como argumenta el Tribunal en la sentencia:

“(...) el incendio que afectó al fundo Poluco Pidenco el 19 de diciembre de 2001, es precisamente una conducta terrorista, toda vez que las acciones desplegadas en aquella ocasión evidencian que la forma, métodos y estrategias empleadas, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población, hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes”.

“En efecto, el ilícito establecido en la reflexión décimo sexta, está inserto en un proceso de recuperación de tierras del pueblo mapuche, el que se ha llevado a efecto por vías de hecho, sin respetar la institucionalidad y legalidad vigente, recurriendo a acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos radicalizados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en la Provincia de Malleco, puesto que la mayor cantidad de sucesos y también los más violentos, han ocurrido precisamente en comunas de esta jurisdicción. Estas acciones se pueden sintetizar en la formulación de exigencias desmedidas, hechas bajo presión por grupos violentistas a los dueños y propietarios, a quienes se les amenaza y presiona para que accedan a los requerimientos que se les formulan; muchas de estas condiciones se han materializado mediante ataques a la integridad física, en acciones de robo, hurto, incendio, daño y usurpación, que han afectado tanto a las personas y bienes de diversos propietarios agrícolas y forestales de ésta zona del país(...)”⁷.

En esta decisión puede apreciarse que el contexto en que se produjeron las acciones de violencia –el “grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población” originado a partir de la demanda histórica así como el objetivo actual de recuperar tierras ancestrales de las que se consideran injustamente despojados– jugó un papel determinante en la decisión de tratar los hechos como conductas terroristas. Aquel contexto y ese objetivo sirvieron de base para configurar la exigencia legal (típica) de que el delito singular enjuiciado –el incendio del predio Poluco Pidenco– aparezca como un medio para un propósito de mayor envergadura: crear temor, *terror*, en parte de la población, temor a ser víctima de nuevos delitos. En efecto, como lo sugiere el razonamiento del tribunal, para quienes tengan noticia de la acción violenta el conocimiento del grave conflicto étnico que contextualiza ese delito de incendio –la insatisfecha demanda

democrático y advierte que la configuración típica del terrorismo, en el derecho positivo chileno, agota el objeto jurídico del delito en aquellos otros bienes colectivos, con independencia, de los bienes individuales afectados, cuya afectación sería sólo el vehículo para atentar contra los bienes colectivos.

7 Véase la sentencia citada por Soto, *supra* nota 1, considerando décimo noveno.

histórica por la recuperación de tierras ancestrales que formula el pueblo Mapuche en cuyo nombre determinados líderes y comuneros han cometido también en el pasado otras acciones similares— haría surgir especialmente en los propietarios o trabajadores de predios cubiertos por las demandas de tierras ancestrales, el temor a ser víctimas de tales actos violentos en el futuro. El temor producido estaría al servicio de los objetivos de aquellos líderes y comuneros mapuches ya que seguramente los propietarios se verían virtualmente forzados a abandonar o vender sus predios a bajo precios, lo que constituiría el verdadero móvil: causar terror para conseguir la satisfacción, por medios violentos, de sus demandas. El contexto histórico político del grave conflicto étnico en que se produce el delito, entonces, lejos de atenuar—ni qué decir eximir de responsabilidad penal— la agrava⁸.

Esta manera de juzgar la significación dada a los hechos de violencia por el contexto del grave conflicto mapuche también está—o por lo menos, estuvo— claramente presente en importantes sectores de la política chilena. Así, por ejemplo, el senador Alberto Espina expresaba en 2003 que:

“(…) estas acciones de extrema violencia son antecedidas por amenazas y chantajes a los propietarios de las tierras y de los inmuebles construidos en ellas y consisten en exigirles la entrega inmediata de las mismas a supuestas organizaciones mapuches que sus autores dicen representar, lo que constituye no sólo una flagrante violación al derecho de propiedad y un grave atentado en contra del derecho a la vida y la integridad física de los vecinos, sino actos de terrorismo cuya finalidad es intimidar a la población de ser víctima de delitos de igual naturaleza, en caso de no acceder a sus demandas”.

“Añadió que agrava la situación descrita el hecho de que en la mayoría de los casos estos delitos quedan impunes y sus autores y los cabecillas de las organizaciones y grupos que los cometen se encuentran libres y continúan sistemáticamente amedrentando a los vecinos, ocupando inmuebles, provocando incendios y atentando en contra de sus vidas”.

“Sostuvo que todo lo anterior configura un cuadro que afecta gravemente la seguridad de la población, impide el normal desarrollo de las actividades productivas, agrícolas y forestales, particularmente en las zonas rurales”.

“Adicionalmente (...) el intento reiterado de crear por estos grupos radicalizados la denominada ‘Nación Mapuche’ como un Estado autónomo, con territorio propio y con derecho a la autodeterminación, es un hecho que, de profundizarse, afectará la unidad de la Nación chilena y su integridad territorial”⁹.

8 Como se podría desprender de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicable. Véase *infra*, parte III.

9 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el encargo que le hiciera el Senado respecto del conflicto mapuche en relación con el orden público y la seguridad ciudadana en determinadas regiones, Boletín N° S 680-12, pág. 2-3, disponible en http://www.libertadydesarrollo.cl/programas/comunicaciones/mapuche/informe_comision_c_map.pdf.

Las expresiones del senador Espina dan cuenta de una opinión instalada en buena parte de la clase política, o por lo menos hasta hace muy poco tiempo, no sólo en los partidos de derecha –Alberto Espina es militante de Renovación Nacional– sino también en los que gobernaron hasta 2010. De hecho, la decisión de utilizar la legislación antiterrorista para enfrentar y juzgar los conflictos violentos protagonizados por miembros del pueblo Mapuche se origina durante los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia. Es digno de mención que el voto de minoría redactado por el senador demócratacristiano Moreno con acuerdo del senador socialista Viera Gallo, en la misma sesión señalada anteriormente, se diferencia del voto mayoritario suscrito por la derecha en la medida que explican el conflicto mapuche en un horizonte más amplio que la seguridad pública, destacando el deber del Estado de: “(...) promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. El senador destaca las acciones que el gobierno concertacionista había realizado para mantener el orden y la seguridad pública en la zona y que, en su opinión, el voto de mayoría minusvaloraba mencionando especialmente la interposición de “(...) 22 denuncias y 66 querellas por delitos tales como incendio, asociación ilícita, incendio terrorista, robo, lesiones graves, usurpación, asociación ilícita terrorista, daños, tala ilegal, secuestro, homicidio, homicidio frustrado, desórdenes calificados, amenazas e infracción a la Ley de Seguridad del Estado”. Señala, además: “(...) vale la pena tener presente que en diciembre del año pasado se formalizó la instrucción respecto de una treintena de integrantes de la Coordinadora Arauco Malleco por asociación ilícita terrorista y que ya se ha dictado sentencia en muchos de estos procesos”¹⁰.

Las implicancias de la valoración y tratamiento penal de estas acciones como terroristas van más allá del endurecimiento de las penas aplicables alcanzando una importante reducción de las garantías procesales. Así ocurre en la generalidad de los regímenes jurídico-penales de excepción que se ha dado en llamar el “derecho penal del enemigo” que, justamente, según la argumentación de Villegas, es la construcción ideológica a partir de la cual en Chile se enfrenta el conflicto mapuche¹¹.

En sus declaraciones, el Senador Espina aclara, sin aportar información específica, que esta estrategia representa sólo a grupos radicalizados y no al sentir de la mayoría del pueblo Mapuche.

10 *Id.*, pág. 154.

11 Conforme a esta construcción impulsada por el Estado chileno y que se expresa en la calificación de sus conductas como terroristas: “(...) el mapuche es un sujeto que por su posición desventajosa en la sociedad ha decidido abandonar el derecho, a pesar de ‘la inclusión’ que le da formalmente la ley indígena a través de esta modalidad de Pacto Social Republicano, lo cierto es que forma parte de los ‘excluidos’ por su forma de vida y pertenecer a una etnia distinta”. Véase Villegas, *supra* nota 6, pág. 30.

1.1.1 *La perspectiva mapuche sobre el contexto histórico.*

Una primera aproximación

Aquella valoración del contexto como “el grave conflicto étnico originado en la insatisfecha demanda histórica por la recuperación de tierras ancestrales” tiñe de terrorismo las acciones violentas emprendidas para la ocupación de predios singulares. Esta aproximación contrasta ciertamente con la visión de líderes y comuneros mapuche sobre la significación aportada por el contexto a dichos hechos. Desde luego ello no suele reflejarse en las alegaciones formuladas en los procesos penales donde la defensa consiste en que no hay pruebas de la participación de los imputados en los hechos. Para los líderes y comuneros involucrados, el contexto histórico-político justifica las acciones, a lo menos, por las siguientes razones:

- a) El Estado chileno despojó violenta e injustificadamente al pueblo Mapuche de las tierras ancestrales por medio de acciones militares que lindaron en el genocidio, para luego radicar a las antiguas comunidades en una fracción de tierra muy reducida:

“(…) desde 1850, comienza a clarificarse la actitud del Estado, y de la sociedad chilena frente al pueblo Mapuche del sur de Chile. Se desencadenan una serie de factores que llevarán a la ocupación del territorio, con lo cual se desintegra el viejo espacio fronterizo que habían logrado construir españoles y mapuches por más de dos siglos. Todo el peso del Estado en formación se dejó sentir entonces sobre la Araucanía, imponiendo a la región el proyecto de país y nación elaborado por los grupos dirigentes que gobernaban Chile desde Santiago”¹².

“La llamada ‘Pacificación de la Araucanía’ (...) para los mapuche fue una verdadera guerra de exterminio que culmina con la ocupación total de sus territorios, cuando pierde la guerra por la independencia en el año 1881. A este período de guerra y violencia sucede el período de arreduccionamiento”¹³.

“Las raíces históricas del conflicto tienen como base principal ‘la disputa en torno a la propiedad de la tierra’, originada desde el primer contacto interétnico entre la Nación Mapuche y sus conquistadores (...) Es mediante la entrega a fines del siglo pasado de los llamados títulos de Merced y el traspaso a propietarios privados de la casi totalidad del antiguo territorio mapuche en la Araucanía, que las antiguas comunidades son arrinconadas en una ínfima parte de sus terrenos”¹⁴.

-
- 12 Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*, pág. 356, (1era ed. octubre 2008), disponible en <http://www.memoriachilena.cl/upload/mi973056855-2.pdf>.
 - 13 Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, en *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, Vol. III, Tomo III, Cap. III, pág. 1103-1104, disponible en http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_ii/capitulo_III.pdf.
 - 14 Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin en el contexto de aplicación de la Reforma Procesal Penal en el territorio mapuche”, preparado por María del Rosario Salamanca

- b) La política de restitución iniciada en décadas recientes es claramente insuficiente y no ha logrado revertir la grave situación de pobreza y marginalidad en que se encuentra el pueblo Mapuche, ni impedir el rápido proceso de desintegración cultural y deterioro de la tierra:

“Históricamente las comunidades han reclamado por la pérdida de su territorio, sin embargo, los intentos de obtener una respuesta satisfactoria a sus demandas territoriales han sido infructuosos, generándose además de la pérdida del territorio el empobrecimiento económico y la degradación de los recursos naturales dentro del territorio que aún permanece en sus manos. A todo este proceso se agrega, con la dictación del Decreto Ley N° 701, en el año 1974, bajo la dictadura de Pinochet, la instauración en Chile de una política estatal de fomento forestal que ha permitido la instalación y crecimiento de este tipo de empresas en el territorio mapuche, en desmedro de los habitantes originarios allí asentados, ha venido a agudizar el conflicto. Las comunidades acuden tanto a la justicia chilena (tribunales), como a otras instancias administrativas, entre ellas la CONADI, a fin de encontrar una respuesta a sus demandas por las tierras usurpadas. Intentan por otra parte negociar con las empresas Forestales y con los empresarios que colindan con sus terrenos, sin embargo, habitualmente los Tribunales fallan en su contra, las negociaciones con la CONADI se entrampan en largos trámites administrativos, no dan respuesta a sus requerimientos y las empresas se niegan a dialogar con ellos”¹⁵.

- c) Para revertir esa situación de pobreza y desintegración cultural es urgente e indispensable reconstituir los territorios ancestrales en una extensión y a una velocidad que el estado chileno no se muestra dispuesto a asumir. La ocupación y el ejercicio de actos posesorios efectivos, incluso si formalmente violan la legalidad chilena, son medidas idóneas y necesarias para la recuperación territorial que posiblemente luego servirán de base para una política de hechos consumados, de manera que la institucionalidad chilena se vea forzada a reconocer esa posesión y regularizarla. Estas medidas no constituyen una coacción injusta pues sólo se realizan sobre tierras que históricamente son mapuche y cuya ocupación por el estado chileno o propietarios particulares *huinca*¹⁶ sólo fue posible por un despojo injusto y violento.

e incluido en el *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*. Véase *id.*, pág.1213-1214.

15 Véase *id.*

16 Nota de la editora: El término *huinca* etimológicamente proviene del mapudungun *wingka* que significa ‘nuevo, s’ (we) ‘incas’, ‘invasores’ (ingka); es decir, ‘nuevos invasores’, ‘los que vinieron a invadirnos después de los incas’. María Eugenia Merino D., *Análisis crítico del discurso de machi. Una mirada al discurso inter e intragrupal en un contexto de dominación*, en: ESTUDIOS FILOLÓGICOS N° 34 (1999), pág. 155-163. Véase Tito Tricot, *Identidad y Política en el Nuevo Movimiento Mapuche*, en: HISTORIA ACTUAL ON LINE, NÚM. 15, 2008, pág. 29-50.

“Después de intentar diversos medios para obtener respuesta y luego de décadas de intentos fallidos, ‘las comunidades que consideran tierras ocupadas por las forestales como sus tierras ancestrales han decidido ocuparlas físicamente’. Aunque estas ocupaciones podrían ser consideradas por ciertos Tribunales como ilegales, la FIDH considera que en muchos casos corresponden a ocupaciones legítimas. El gobierno debe asumir su responsabilidad respecto de este problema y buscar una solución justa y viable a la cuestión fundamental de los Títulos de las tierras en disputa”¹⁷.

Esta visión mapuche sobre los términos de justicia que el contexto aporta está directamente vinculada con dos aspectos centrales de su identidad histórica y cultural. En primer lugar, el pueblo Mapuche nace y puede subsistir como tal de su relación permanente con los territorios en que se constituyó originariamente. En efecto, para los mapuche “el hombre *che* es un habitante más del *wajontu mapu*, es una parte integrante de la naturaleza y de las fuerzas espirituales *newen* que existen en el territorio, entendido éste en sus múltiples dimensiones”¹⁸. En segundo lugar, de acuerdo con la perspectiva mapuche, esa relación con la tierra no es reducible al concepto de propiedad empleado por el derecho occidental y no puede legítimamente ser afectada, o interferida, por actos de particulares pues se trata de una relación del pueblo mismo con el territorio que admite diversas formas de uso y aprovechamiento, con titulares colectivos e individuales, según el tipo de uso y aprovechamiento de que se trate. De ello se desprende que, no sólo la ocupación violenta por el estado chileno realizada a fines del siglo XIX es injusta, sino también las operaciones, más o menos oportunistas, que los particulares huincas han realizado desde entonces, un período relativamente reciente en la historia del pueblo Mapuche. En efecto:

“La visión *wigka* o en este caso la no mapuche que comparten tanto el Estado como las Forestales y que visualiza al hombre como el dominador de la naturaleza, considera la tierra propiedad privada, no contiene un concepto de territorio y le otorga al titular del dominio la posibilidad de disponer arbitrariamente del mismo”.

“Desde el punto de vista histórico los mapuche habitantes del territorio en conflicto se sienten los habitantes originarios y por tanto con derechos ancestrales sobre el mismo”¹⁹.

En buena medida, la visión mapuche comienza a verse confirmada y legitimada desde afuera por hechos relativamente recientes. La institucionalidad

17 Véase Estudio de caso “Caso Logko Pichun y Norin en el contexto de aplicación de la Reforma Procesal Penal en el territorio mapuche”, supra nota 14, pág. 1214. La sigla FIDH corresponde a la Federación Internacional de Derechos Humanos, una federación de organizaciones no gubernamentales especializadas en el tema.

18 *Id.*, pág.1217.

19 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, supra nota 13, pág. 1296.

chilena tiende a reconocer su especial relación con sus territorios ancestrales, por lo menos a nivel de los principios, primero con la Ley Indígena N°19.253 de 1993 que reconoce el concepto de tierras indígenas, las declara no enajenables ni embargables, crea un procedimiento y un fondo para devolver siquiera parte de las que le fueron arrebatadas. Luego, la revisión de la historia oficial sobre la llamada pacificación de la Araucanía desde el propio estado chileno reconoció la injusticia histórica del despojo así como la justicia y urgencia de adoptar medidas para la reconstitución territorial, todo lo cual se refleja en el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Finalmente, la adhesión, por parte del estado chileno a los principios y normas de derecho internacional que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a subsistir como tales en sus territorios originarios con su propio derecho y su propia cultura, como lo reconoce el Convenio 169 de la OIT²⁰.

Todo ello, en la perspectiva mapuche, no puede sino otorgar a los hechos de violencia destinados a (re)ocupar y ejercer actos de posesión sobre los territorios ancestrales, un significado diferente, justificante, sobre todo si se tiene en cuenta su perspectiva de la urgencia de estas medidas para salvar, antes de que sea tarde, la cultura, la economía y el modo de vida en un contexto, para muchos de sus líderes, de estancamiento o devolución a cuentagotas de los territorios.

1.2. Tratamiento penal de la sexualidad precoz y el incesto entre mapuches: entre la negación de la diferencia cultural y la declaración de un déficit de personalidad condicionado por la cultura

Caso 1:

“(…) los hechos según la acusación fiscal, ocurrieron el día 13 de noviembre de 2004, en horas de la noche, en circunstancias que la menor de iniciales UCHR, se encontraba en el domicilio del acusado, éste procedió a mantener relaciones sexuales con la referida menor, de trece años de edad ... [P]rueba Pericial:

[P]sicóloga, (...) [c]oncluyendo que el imputado es un individuo ajustado a la realidad, con un coeficiente intelectual limítrofe, que es el [que] sigue al retardo mental, no se observan indicadores de psicopatología real ni potencial, no presenta problemas de modulación de la agresividad y/o impulsabilidad. En el ámbito de la sexualidad se descarta algún tipo de patología sexual.

[A]ntropólogo, quien efectuó un peritaje a objeto de acreditar el aislamiento social del imputado y su comunidad, recurrió a los antecedentes

20 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO N° 169), 72 Official Bull. 59, entrada en vigor 5 de septiembre de 1991.

de la defensoría mapuche, concurrió a la comunidad Bernardo Naneo. Es una comunidad con identidad cultural Pehuenche, unas 100 familias, estructura cultural basada en el patriarcado, exogamia, hablan mapudungun, presencia fuerte de la iglesia Pentecostal (...) Como acceso a la información poseen dos tipos: la televisión (3 canales) y radio (3 emisoras), no llegan diarios en forma normal. Test de conocimiento cultural a distinto nivel. El conocimiento está en un nivel medio, el imputado tiene conocimiento menor al de la comunidad (7 a 4). (...) Concluyó, que la mencionada comunidad mantiene patrones culturales ancestrales, la descendencia es vía paterna, la familia reside en el lugar del esposo, la llegada de la menarquía, primera menstruación, hace a la mujer accesible a los hombres adultos de la comunidad, se habla mapudungun. En la veranada se traslada la familia a la cordillera en noviembre y vuelven entre marzo a abril, quedando aislados. (...) Terminó señalando que la Comunidad desconocía que tener relación con la menor, haya estado prohibido y penado por la ley chilena (...)”²¹.

Considerando los antecedentes aportados y rechazando la pretensión de la defensa que planteaba la actuación del acusado como error de prohibición, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco dio por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el imputado:

“(...) el día 13 de noviembre de 2004, JVNN, en horas de la noche, en su domicilio, en el sector El Naranjo de la Comuna de Lonquimay, mantuvo relaciones sexuales [por] vía vaginal con la menor de 13 años de edad y de iniciales UCHR.

[E]n cuanto al eventual error de tipo y/o prohibición que invoca también la defensa, y que [la] Doctrina en algunos casos acepta, en la especie estos sentenciadores estiman no se presenta, ya que como ha quedado demostrado el imputado vive en una comunidad Pehuenche, a no más de 2 o 3 kilómetros de la localidad de Lonquimay, tiene en su hogar aparatos de televisión y radio, que lo conectan al resto del país y al mundo, mantiene contacto con organismos de la Comuna donde habita, además en su comunidad está fuertemente presente la Iglesia Pentecostal y él se reconoce como católico, ambas religiones son cristianas, doctrina que mantiene como elementos esenciales la prohibición de las relaciones sexuales pre matrimoniales y un ensalzamiento de la virginidad de la mujer, bajo sanciones de índole religiosos (pecado). A su vez, la madre de la menor, manifestó que dentro de su comunidad la mujer se acostumbra a casar alrededor de los 20 años, y que primero lo hacen en el Registro Civil y después por la Iglesia, todo ello desvirtúa lo aseverado por la defensa en cuanto que para el imputado lo que estaba haciendo no estaba mal y no era ilícito (...)”.

21 Descripción de los hechos tomada de la sentencia pronunciada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RUC 0400415571-3, RIT 101-2005, 23 de noviembre de 2005, contra JVNN. Véase Carlos Del Valle Rojas & Otros, *Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando Modified Wigmorean Analysis (Mwa)*, 15 IUS ET PRAXIS, Núm.1, pág.15-53, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100002&lng=es&nrm=iso.

“Finalmente, respecto a que en la idiosincrasia pehuenche o mapuche en general, la llegada de la menarquía o menstruación en la mujer, la hace disponible sexualmente para los varones adultos de la comunidad y por lo tanto los hechos deben ser analizados desde este punto de vista y de acuerdo a la legislación indígena, ello en caso alguno ha sido acreditado y [más] aún, fue desvirtuado por los dichos de la propia madre de la víctima”²².

Como se puede apreciar, el caso plantea la cuestión de si, desde el punto de vista de la cultura compartida por la comunidad pehuenche en la que se producen los hechos, las relaciones sexuales con una menor de edad, biológicamente ya púber, son consideradas lícitas o no, como antecedente para resolver si acaso la alegación de la defensa referida a que el autor habría actuado en error de prohibición, debe ser acogida. La descripción y análisis del perito antropólogo que darían base a esa alegación, no convencen al tribunal el cual, por el contrario, atiende el testimonio de la madre de la víctima y la evidencia del acceso de la comunidad a medios de socialización, iglesia y radio factores que actuarían como transmisores de las valoraciones propias de la cultura chilena.

Como sea, la eventual existencia de una valoración cultural diferente –conforme a la cual puede consentir sexualmente quien ya es púber, por ejemplo, a los 13 años de edad– es irrelevante para examinar y decidir la ilicitud del comportamiento. Esta cuestión está fuera de toda discusión por más que ello había sido debatido apenas cinco años antes de los hechos en el Congreso Nacional chileno cuando se aumentó de 12 a 14 años la edad de consentimiento sexual²³. Este sólo elemento es relevante para decidir que la alegación del acusado de haber actuado en error de prohibición es sincera y creíble. La falta de evidencias concluyentes, en opinión del tribunal, sobre que la conducta fuese tenida por lícita en la valoración cultural de la comunidad del autor, sirvió para rechazar la sinceridad de tal alegación por el acusado.

Caso 2:

“Entre los días 30 de diciembre de 2003 y 7 de enero de 2004 (...), el acusado (...) [de veintidós años de edad] procedió a acceder carnalmente [por] vía vaginal a su hermana menor, de once años de edad a la fecha de los hechos.

22 Véase *id.* Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

23 Consideración que la misma defensa realizó obteniendo la siguiente respuesta por parte del tribunal: “(...) en cuanto a lo expuesto por la defensa en orden a que el aumento de edad de 12 a 14 de los menores para poder disponer libremente de su libertad sexual, fue muy discutida y con opinión desfavorable de personalidades del ámbito judicial, la Cámara de Diputados y profesores penalistas, ello si bien es cierto, puede ser motivo para futuras discusiones y eventuales modificaciones, una vez entrada en vigencia dicha ley modificatoria por mandato del artículo 8 de Código Civil, nadie puede alegar ignorancia de la misma; a su vez, el artículo 5o del Código Procesal Penal señala que ‘la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso para los extranjeros’”. *Id.*

A juicio del Ministerio Público estos hechos configuran el delito de violación impropia (...).

[Conforme a las pericias, psicológica y antropológica:]

[E]l imputado la mayoría de su vida ha vivido en el campo, estudió hasta 4° básico debido a problemas de aprendizaje, ha realizado algunos trabajos, como temporero y agricultor con su familia. (...) ha sufrido privación sociocultural, por lo que en este aspecto no tiene un desarrollo completo.

[Con] un coeficiente intelectual de 47 (...) hay un retardo mental moderado, es decir, de acuerdo a lo esperado para su edad está disminuido en la parte social, intercultural, es desadaptado, tiene pocos recursos verbales. (...) [T]iene dificultades para relacionarse con los demás y no ha tenido estímulos del medio (...) tiene claro que hay cosas malas, por ejemplo no robar, no matar, (...) [pero] no conocía el concepto de violación; su escala de valores es similar a la de sus padres. (...) En cuanto a su historia personal no había mantenido relaciones sexuales, sólo se contactaba con su grupo familiar (...).

“Sobre el vínculo con la víctima (...) cuando ésta nació el acusado se encontraba fuera del hogar familiar (...) por lo que su relación no se estableció como de carácter filial normal, sólo cuando la menor ingresó al colegio se estrecha la relación a través de juegos, ‘travesureaban’, estos se producían dentro del grupo familiar, sin intervención de los padres y hermanos, y es sólo a fines del año 2003 que esta relación lúdica toma, además, connotaciones sexuales cuando iba el acusado de visita a la casa y junto con la menor iban a buscar los animales, ya que en un momento que no precisa comenzaron a mantener relaciones sexuales consentidas, lo que sucedió en varias ocasiones (...).”

“[A]l hablar [el perito] con la menor le señaló, al igual que su hermano, que nunca supo que mantener relaciones sexuales con éste era algo prohibido, nunca en la familia se habló de sexo o sexualidad, lo que se manifiesta en que no sabía que al mantener relaciones sexuales con un hombre quedaría encinta (...).”

“Respecto a los mitos y creencias (...) hay construcciones culturales que facilitan el surgimiento o mantención de ciertas conductas (...) [Un] mito [presente en el acusado], se relaciona con creer que las relaciones de incesto se dan en familias pobres, lo que también comparten los padres al señalar que es frecuente que se den relaciones incestuosas entre los mapuches y las familias pobres. Estos mitos imposibilitaron que el acusado y sus padres tuvieran conciencia de la situación, el primero sólo ha tomado conciencia de que lo que hizo no estaba bien estando en prisión. Agrega como mitos que la madre calla cuando toma conocimiento de relaciones incestuosas (...).”

“Sobre la percepción que el acusado tiene de la víctima, parte de la base de que es su hermana, pero la observa como una mujer y como él es un hombre con cierta autoridad en la familia, por ser proveedor, las mujeres de cualquier edad pueden estar a su disposición carnal (...).”

“[L]os padres señalan que la situación jamás debió haber ocurrido, que está mal, pero el padre indica que hizo la denuncia pensando en que su hijo iba a ser liberado pronto (...)”.

“[En e]l pueblo mapuche se rechaza el incesto inicialmente, pero producido se lo acoge para que no vuelva a ocurrir, esto se aplica también en el caso de los menores de edad”²⁴.

En base a esos antecedentes, y acogiendo en lo fundamental la teoría del caso proporcionada por la defensa, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica absolvió al acusado por el delito de violación impropia del artículo 362 del Código Penal, teniendo especialmente en cuenta su retardo mental leve, el contexto ofrecido por su deficiente socialización y comprensión de las relaciones sexuales, así como los mitos compartidos por sus padres, en el sentido de la frecuencia de las relaciones incestuosas en su medio cultural mapuche, así como la tendencia a tolerarlas, o a lo menos, a ocultarlas de las autoridades. Todo ello, en efecto, hizo:

“(...) concluir a estos jueces, más allá de toda duda razonable, que el acusado (...) no tenía al momento de los hechos la capacidad suficiente para comprender el alcance de sus actos, toda vez que debe apreciarse su situación en armonía con todos los antecedentes referidos, es decir, existe una mezcla de factores que contribuyeron a que el acusado no pudiera comprender la ilicitud de su proceder ni los elementos que conformaban el delito-tipo materia de la acusación (...). [P]ara que exista conciencia de la ilicitud [el hombre medio] debe estar en condiciones de entender por qué delito se lo persigue y por qué el Estado emite un juicio de reproche respecto de su conducta y, a juicio de estos jueces, no corresponde reprochar a un individuo una determinada conducta, aun entendiendo de que ella consiste en una acción típica y antijurídica, si no hay conciencia de la ilicitud de la misma por parte del sujeto que incurre en ella (...) habiendo incurrido en un error de prohibición (...) existe a su respecto una causal de exculpación por falta de imputabilidad [sic]”²⁵.

Esta decisión, a diferencia de la reseñada en el primer caso, acoge la alegación de la defensa consistente en que el autor actuó amparado en un error de prohibición. De nuevo, no está en juego la cuestión de si las convenciones culturales afectan o influyen en la licitud o ilicitud de la conducta, sino sólo si ellas pueden, siquiera en parte, explicar un error por parte del autor a la hora de apreciar si lo que hacía era o no lícito, lo que es totalmente independiente de lo que su pueblo piense al respecto.

En todo caso, en la decisión de acoger como sincera la alegación del

24 Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, Sentencia, RUC 0400178619-4, RIT 025-2005, 30 de julio de 2005, contra RMCV, a la que tuve acceso por gentileza de Gonzalo Berríos, abogado Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública de Chile.

25 Véase Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, supra nota 21, considerando décimo octavo.

acusado se revela —en una versión tal vez más extrema que en otros casos— una forma de apreciar el contexto con una cierta deficiencia en el desarrollo cognitivo, social y moral del autor entendiéndola y valorándola como una cierta incapacidad, algo más que un mero error de prohibición culturalmente condicionado. En cierto sentido, como manifestación de su inimputabilidad se equipara inapropiadamente este déficit al error de prohibición; es decir, una incapacidad de culpabilidad. La sensibilidad cultural en que se apoya la absolución en este tipo de decisiones pasa por reconocer, ya no simplemente una diferencia cultural de convicciones normativas, sino un déficit de personalidad y de racionalidad condicionado por la cultura entendida como más primitiva, rasgo del cual se deriva la capacidad exculpante o de disminución de la culpabilidad²⁶.

Ahora bien, es más difícil aproximarse “desde fuera” a la valoración que personas del Pueblo Mapuche puedan hacer del contexto en que se producen las relaciones sexuales precoces (en su caso, incestuosas) con menores púberes, que hacerlo en el caso de las acciones de recuperación violenta de tierras por parte de los comuneros mapuche. La razón, ya en primer lugar, radica en que respecto de estas últimas hay un discurso público explícito dirigido a plantearlas como una respuesta comprensible, cuando no justificada, a una injusticia. Respecto de aquéllas, en cambio, no hay un discurso público, si bien puede haber indicios de que, por ejemplo, las relaciones sexuales con menores púberes, o bien no son claramente condenadas como algo ilícito (como en la evaluación pericial antropológica aportada en el caso reseñado),

26 También la idea de un déficit, o de una relativa incapacidad, parece traslucirse en otra decisión que revela una suerte de sensibilidad cultural, en este caso no para exculpar pero sí para aplicar la atenuación de responsabilidad criminal permitida por el artículo 54 de la Ley N° 19.253, que establece las normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas y que crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. En este caso, para un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que se encuentra conociendo una causa por tráfico ilícito de estupefacientes seguida contra presuntos burreros pertenecientes a la etnia aymara, lo que atenúa la responsabilidad es que: “(...) del conjunto de antecedentes aportados ya reseñados y habida consideración de que se trata de personas que pertenecen a la etnia aymara, (...) se ha considerado que las irreprochables conductas anteriores de los acusados CG y CC, constituyen una conducta excepcional (...) [S]e ha tomado en cuenta el contexto cultural y social en que se desenvuelven las personas de esta etnia, quienes, atendida la precariedad en la que viven por la lejanía con la metrópolis, el aislamiento en el que desarrollan su quehacer, se hacen sujetos más vulnerables para ser utilizados por los proveedores y comercializadores de droga, pues es un hecho público y notorio que al estar cercano a las grandes áreas productoras de cocaína, son utilizados como ‘burreros’(...)”.

Si bien en el razonamiento del tribunal es la marginalidad socioeconómica de los acusados valorada a su favor para atenuar su responsabilidad criminal, en el pasaje transcrito se explicita que ella se combina con, o se valora, a través de la consideración de su origen étnico y cultural aymara, siendo menos reprochables pues algo en su contexto cultural, y no sólo en su contexto social, disminuye su capacidad para comportarse conforme a derecho. Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Sentencia, contra CLCG, EACC y MRCC, RUC N° 0500418571-6, RIT N° 24-2006, (12 de junio de 2006).

o bien, aunque se consideran indebidas, se juzgarían con menor severidad por los Mapuche²⁷ que por el derecho estatal chileno (que puede llegar a castigar estas conductas hasta con 20 años y, en cualquier caso, con no menos de cinco años y un día de presidio). Estas diferencias de valoración, por cierto, no serían leídas por los Mapuche como una consecuencia de su incapacidad (absoluta o relativa) para comprender la sexualidad y las normas referidas a ella, sino de su valoración relativamente distinta sobre la extensión de esas normas y sobre la relativa gravedad de su infracción.

2. LA DOGMÁTICA PENAL DE CUÑO ALEMÁN Y SUS RECURSOS PARA EL PROBLEMA DEL MULTICULTURALISMO

2.1 El monismo jurídico y sus expresiones en el derecho penal

2.1.1 *Un Estado, una Nación, un Derecho*

La pretensión de que en todo el territorio de la república el derecho se aplique sin distinciones, con las mismas reglas a todos sus habitantes, se asocia a principios fundamentales del ordenamiento jurídico chileno que tienen una clara expresión en el derecho penal a través de la primacía, prácticamente sin matices, del derecho estatal legislado cuyas prohibiciones penales están formuladas de manera abstracta e impersonal, de modo que deben aplicarse a todos los individuos, sin excepciones, incluyendo a quienes pudieran apelar a su origen étnico. Es cierto que en materia de atenuantes, e incluso en materia de eximentes de responsabilidad criminal, el derecho penal chileno admite la posibilidad de hacer ciertas diferencias basadas en la costumbre indígena –como se verá– pero la limitada extensión que se da a esas reglas especiales y la suspicacia que su sólo existencia despierta en algunos, da cuenta de la importancia que se asigna al principio conforme al cual el derecho es y debe ser uno y el mismo para todos.

La igualdad ante la ley sería uno de aquellos principios fundamentales. Sin embargo, la lógica interna de este principio no resulta contradictoria ya que, por el contrario, promueve el tratamiento desigual de quienes están materialmente en situaciones desiguales. Considerando el potencial de reconocer la relevancia de las diferencias culturales en la definición de los deberes jurídicos que a cada uno corresponden y que deben servir de base para juzgar su conducta²⁸, si se quiere entender la porfía con que se defiende

27 Así ocurriría en relación con las conductas de incesto, a lo menos claramente las que se den entre hermanos, según se desprende de la pericia antropológica aportada al caso resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal de Villarica, Véase Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, *supra* nota 23.

28 Como lo ha destacado Renteln al examinar el fundamento moral en la consideración de *cultural defenses*: “The reason for admitting a cultural defense lies not so much in a desire to be culturally sensitive, although that is surely a large part of it, but rather in a desire

la perspectiva monista –un sólo derecho igual para todos– parece necesario dirigir la mirada hacia otros principios que protegen intereses, no ya de los individuos, sino del estado mismo: unidad nacional, homogeneidad cultural e integridad territorial.

En efecto, hasta hace muy poco, la gran mayoría de los estados aspiraban a estar conformados por una sola nación, modelo que reflejaba que “el estado era visto implícitamente (y, a veces, explícitamente) como la posesión de un grupo nacional dominante que usaba al estado para privilegiar su identidad, lenguaje, historia, cultura, literatura, mitos, religión, etc., y que definía al estado como expresión de su ser nacional, grupo dominante que no necesariamente era el mayoritario, sino incluso ‘a veces, una minoría capaz de establecer su dominio –por ejemplo, los blancos en Sudáfrica, o las élites criollas en algunos países de América Latina– (...)’”²⁹.

Una serie de políticas bastante definidas se disponían al servicio de este proyecto. Entre ellas, la adopción de una lengua oficial establecida por ley; la construcción de un sistema nacional de educación obligatoria con un currículo estandarizado enfocado en la enseñanza de la lengua, literatura e historia del grupo dominante; la centralización del poder político y la eliminación de las formas preexistentes de soberanía o autonomía local; así como “la construcción de un sistema legal y judicial unificado, que funcionaba en la lengua del grupo dominante y usaba sus tradiciones jurídicas; y la abolición de todo sistema jurídico preexistente usado por los grupos minoritarios”³⁰.

Para dar eficacia a esas políticas fueron comunes en la construcción de estados nacionales, la ocupación de las tierras, bosques y espacios de pesca, todo lo cual solía pertenecer a los grupos minoritarios y pueblos indígenas. Así mismo, su declaración como recursos nacionales, a pesar de las resistencias, implicaba “varias formas de ‘ingeniería demográfica’ (por ej., presiones a los miembros del grupo para su dispersión y/o promoción de asentamientos por parte de los miembros del grupo dominante en el territorio de los grupos indígenas y minoritarios) (...)”³¹.

En este marco, la existencia y operación de un derecho mapuche anterior a la formación del estado-nación chileno era tan problemática para este proyecto como la existencia de territorios mapuche donde este pueblo ejercía jurisdicción, con sus propias autoridades, su economía y costumbres. Las autoridades de la naciente República de Chile impulsaron un modelo asimilacionista, al contrario de las autoridades españolas que durante la

to ensure equal application of the law to all citizens”. ALISON DUNDES RENTELN, *THE CULTURAL DEFENSE*, (Oxford University Press, 2004), (UK, US), posición 3338. Sobre *cultural defenses*, véase el excurso incluido *infra*, en la parte III.

²⁹ WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY*, (Oxford University Press, 2007), (U.K.), pág. 61.

³⁰ Véase *id.*, pág. 62-63.

³¹ Véase *id.*, pág. 61 y 63.

colonia toleraron la existencia de una normatividad y autoridades indígenas para administrar justicia en causas entre indios cuando la pena no era grave, aunque se les veía como una expresión primitiva que debía quedar bajo la tutela. En el modelo de asimilación³²:

“La ideología imperante de la época es que los indígenas debían asimilarse al mundo criollo o mestizo dominante, y por lo tanto, desde ese período se crea –importado desde Europa por las ideas de la Ilustración– la triple identidad Estado-Nación-Derecho. Al Estado como configuración política sólo le corresponde una Nación, definida por un pueblo, una cultura, un idioma, una religión (...) De manera que es precisamente este modelo, que en el ámbito del derecho trata de borrar todo vestigio del derecho propio y sus autoridades tradicionales”³³.

Si bien durante el siglo XX a los indígenas se les comienza a reconocer ciertos derechos y su especificidad cultural expresada en su idioma, sus trajes y religión, la condición para ello es que se integren al desarrollo nacional como etnias no como pueblos, manteniéndose incuestionada la definición monista de un solo derecho correspondiente a la idea de “un Estado, una Nación, un Derecho”, en correspondencia con la cual:

“(...) [t]oda otra norma o forma de derecho no producida por el Estado, es visto como una mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar ‘mezclada’ con reglas morales y religiosas. El derecho propio de los indígenas, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas atrasados, retrógrados, pre-modernos, que deben supeditarse e integrarse al Estado y al derecho nacional, para posibilitar la civilización de estos pueblos igualmente ‘atrasados’ (...).”³⁴.

2.1.2 *Monismo jurídico en el derecho penal*

Desde la dogmática penal se ha señalado el peligro que representaría para el reforzamiento de prohibiciones penales de pretendida validez universal, el instaurar derechos penales locales inspirados en la diversidad cultural. En palabras de Carnevali:

“Uno de los mayores problemas que se pueden presentar con la instauración de derechos colectivos, como por ejemplo, el establecimiento de sistemas judiciales atendiendo al grupo cultural, es el riesgo a la generación de guetos dentro de una sociedad, que puede derivar a un desmembramiento social. Precisamente, una sociedad en la que existen diversas identidades normativas, difícilmente, desde una perspectiva preventivo general, puede ser eficaz el Derecho penal. Es decir, mediante el reconocimiento de la diversidad cultural como un derecho colectivo y la disposición de los pertenecientes a tales grupos a buscar vías propias

32 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, supra nota 13, pág. 1032.

33 Véase *id.*, pág. 1033.

34 Véase *id.*, pág. 1033-1039.

de solución de conflictos –fragmentación del Derecho penal por la presencia de derechos penales propios–, se terminaría por admitir ciertos comportamientos intolerables para el resto del componente social. Basta pensar en las prácticas de maltrato familiar o de agresión sexual³⁵.

Es cierto que en el caso de los derechos de niños y mujeres frente al maltrato y la agresión sexual se apela con mayor fuerza a valoraciones universalistas debido al peligro que representa para toda la sociedad mantener situaciones de violencia estructural y opresión cuyo arraigo cultural sólo es reflejo de la injusta distribución del poder para generar y mantener vigentes normas que favorecen los intereses de unos en perjuicio de los de otros³⁶. Sin embargo, la lógica emancipadora que busca “proteger minorías dentro de minorías”³⁷ aunque formalmente tengan aval normativo en una comunidad, sólo han adquirido validez en el marco de un sistema nomogenético injusto; es decir, no vale sino para una fracción de las prohibiciones, por ejemplo, esclavitud, explotación sexual, coacción abierta a través de violencia o intimidación, y no para muchas otras, como la protección de convicciones morales mayoritarias³⁸, la propiedad –frente a menoscabos no coactivos–, o ciertas condiciones institucionales, funciones estatales consideradas necesarias y útiles para ejercer los derechos individuales.

En segundo lugar, aun respecto de prohibiciones que apelen a valoraciones universalistas, su pretendida validez no implica en absoluto una determinada forma de protegerlas –por ejemplo, el refuerzo penal– o una determinada respuesta legislativa a la cuestión prudencial de la intensidad

35 Raúl Carnevali, *El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*. POLÍT. CRIM. N° 3, 2007. A6, pág. 22-23, disponible en <http://www.politicacriminal.cl>

36 Como el propio Carnevali deduce: “(...) se presentan una serie de cuestionamientos, desde la perspectiva de la víctima, difíciles de soslayar. Como se expuso precedentemente, una de las principales críticas que se han hecho a la tesis comunitaristas apuntan a la limitación de los derechos individuales, particularmente, al impedirse las voces de disidencia y la posibilidad de marginarse. Pues bien, aquello tiene particular importancia cuando se está frente a la víctima, en especial, cuando se trata de personas que no tienen espacios para expresarse, así sucede en muchas culturas con las mujeres y los niños. No debe olvidarse que en muchas manifestaciones culturales el pertenecer al género femenino constituye una desventaja dentro de la estructura social. Lo anterior, atenta contra el principio de igualdad de la ley penal, pues, se brinda un tratamiento discriminatorio sobre la base de la pertenencia”. Véase *id.*

37 Véase RENTELN, *supra* nota 28.

38 Y nótese que justamente en relación con la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad, bien jurídico supuestamente protegido en ambos casos, sucede que junto a ciertas prohibiciones que buscan ponerles a resguardo de situaciones de violencia estructural, como lo es la explotación sexual comercial infantil, hay otras prohibiciones penales que sólo pueden entenderse como un refuerzo punitivo de convicciones morales o religiosas mayoritarias de una sociedad; es el caso en los atentados sexuales impropios respecto de menores edad ya púberes, que se produzcan fuera de contextos de “violencia estructural”. Véase Jaime Couso, *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal*, en: DERECHO Y SEXUALIDADES. SEMINARIO EN LATINOAMÉRICA DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA. SELA 2009, (Librería, 2010), (Arg.), pág. 233-265.

de la sanción que cabría considerar justa y necesaria para las diversas formas de infringir tales prohibiciones³⁹, caso en que lo único universalmente válido podría ser el deber de lealtad con el procedimiento democrático de cuestionamiento y derogación de normas –lo único exigible al ciudadano en un derecho secularizado, es decir, uno que admite el valor relativo de sus prohibiciones penales⁴⁰– procedimiento que bien podría –sin poner en peligro aquello que de universal puede haber en juego en la definición de normas penales– reconocer esferas de competencia locales de establecimiento y derogación de normas penales locales frente a las cuales todo miembro de la comunidad debe actuar con lealtad.

Por ello, parece que la apelación al valor universal de ciertos bienes no agota la explicación del apego al monismo jurídico que se aprecia en la dogmática penal, pues en toda aquella porción de derecho estatal legislado –que no es reconducible al argumento universalista de la emancipación– esa adhesión al monismo jurídico-penal parece hacer referencia como telón de fondo a la pretensión mucho más general de que un estado debe tener un derecho penal que refleje las convicciones de la mayoría, que no es lo mismo que la universalmente válidas. Nuevamente, en palabras de Carnevali:

“Si bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. Es decir, resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen deberes de tolerancia y, por tanto, estimarlos legítimos, sólo por estar fundados en el respeto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificar actos de maltrato familiar o de lesiones corporales. Como se expuso precedentemente, decisiones de esta naturaleza ¿de raigambre comunitarista? pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general”^{41 42}.

39 Examinando en el pensamiento de Kindhäuser el problema del déficit de razones universalmente válidas para motivarse al cumplimiento de la norma penal en una sociedad pluralista. Véase en detalle, Jaime Couso, FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DE CULPABILIDAD. HISTORIA, TEORÍA Y METODOLOGÍA, (Tirant lo Blanch, 2006), (Esp.), pág. 247 y ss.

40 Véase Couso, *supra* nota 38, pág. 252 y ss.

41 Véase Carnevali, *supra* nota 35.

42 En este pasaje de Carnevali, la referencia a la sociedad mayoritaria no alude al derecho de la nación dominante pues la mayoría bien puede entenderse referida al resultado de la deliberación democrática. Sin embargo, desde la perspectiva de la conflictiva relación entre el Estado democrático chileno y el pueblo Mapuche y su exclusión respecto de las instituciones políticas chilenas, el derecho de la mayoría coincide, claramente para el pueblo Mapuche, con el derecho de la nación chilena, justificando el reclamo –si ese derecho amenaza las condiciones de subsistencia del pueblo Mapuche– que con ello nuevamente se proclama y promueve “un Estado, una Nación, un Derecho”.

Aunque el ejemplo de los actos de maltrato familiar nuevamente apela a valoraciones universalistas –tras esa evocación se asoma claramente la opresión de niños y mujeres–, la extensión –“actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos”⁴³– de la cual se toma el ejemplo, como especie, por una parte, y fundamento de la preocupación –“desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general”– por la otra, parecen dar cuenta de que realmente lo peligroso, más que la validación de conductas contrarias a ciertos valores universales, es la existencia de una pluralidad de sistemas normativos dentro del estado nacional.

2.2 La antijuridicidad penal como límite infranqueable para la comprensión de los conflictos penales indígenas. El caso del error de prohibición culturalmente condicionado y de la actuación en conciencia

Es cierto que la dogmática penal, hoy más que antes, se ha vuelto sensible a las diferencias culturales. El propio planteamiento de Carnevali da cuenta de ello cuando aboga por dar espacio a la exculpación de comportamientos típicos y antijurídicos que aparecen condicionados por pautas normativas y convicciones culturales del autor, no sólo cuando determinan un desconocimiento de la norma –lo que será de muy rara ocurrencia– sino incluso cuando éste no comprende el sentido de la prohibición –lo que podría ser bastante más frecuente–. Por ejemplo, cuando “el esfuerzo de internalización de la norma se ve particularmente dificultado por su condicionamiento cultural y que permite afirmar que no es posible reprocharle su incomprensión –error culturalmente condicionado”⁴⁴. Dar cabida a esta defensa en el derecho penal, concluye Carnevali, supone que “el juez sopesa la envergadura de los condicionamientos culturales” del autor, lo cual es una exigencia del principio de igualdad ante la ley⁴⁵.

Con todo, en esta consideración se revela un aspecto básico común a casi todas las expresiones de sensibilidad cultural de la dogmática penal, el reconocimiento de una frontera o barrera infranqueable: la necesidad de afirmar, conforme al sistema monista-jurídico de las normas penales, que el sujeto condicionado por su cultura ha incurrido en un injusto penal típico. Esa sería una definición inexpugnable desde consideraciones multiculturales adoptada, precisamente, a partir del derecho penal estatal legislado, no sujeta a relativizaciones desde la normatividad de una determinada comunidad o pueblo indígena.

43 Esta limitación a la tolerancia de prácticas culturales diversas también aparece en el planteamiento de importantes filósofos del multiculturalismo, como Bikhu Parekh. Véase Renteln, *supra* nota 28, posición 234.

44 Véase Carnevali, *supra* nota 35, pág. 27.

45 Véase *id.*, pág. 27-28.

Así, por ejemplo, al referirse al tratamiento penal por motivos de conciencia en cuyo ámbito cabe situar al que está condicionado por las creencias y convicciones normativas de una cultura o etnia minoritaria a la que pertenezca el autor, el tratadista Claus Roxin –en la actualidad el más célebre exponente del derecho penal de cuño alemán– admite que puede estar exento de responsabilidad. En términos de la sistemática dominante en Chile, esto sería la exención de culpabilidad por falta de necesidad preventiva de pena en la medida que el autor obra bajo coacción de conciencia provocada por la conminación penal, contraria a sus convicciones, que le provoca una fuerte presión en la motivación⁴⁶. Pero en cambio, Roxin expresamente rechaza que la actuación por motivos de conciencia esté justificada por el ejercicio legítimo de un derecho, justamente la libertad de conciencia, lo que sería inconciliable con “la pretensión del Derecho de establecer normas objetivas y de validez general”⁴⁷. En efecto, si bien al examinar bajo qué condiciones puede eximirse de responsabilidad por razones de conciencia que afecte a bienes individuales de terceros, Roxin alude a la necesidad de “(...) una ponderación qué derecho fundamental goza de preeminencia”, lo que pareciera señalar la posibilidad de una justificación, pues el principio del interés preponderante es precisamente el fundamento de varias de las causas de justificación⁴⁸, aquella referencia resulta, sin embargo, engañosa, dado que en todo su discurso se trata siempre de la mera posibilidad de una exculpación debido a que “la inviolabilidad de la libertad de conciencia (...) no puede razonablemente suponer que el Estado deba hacer suya la decisión de conciencia del individuo, en cuanto se aparta de las leyes”⁴⁹. De este modo, el derecho a no ser forzado a una actuación contraria a la propia conciencia constituye “sólo un derecho a la indulgencia, no a la legalización del punto de vista propio”⁵⁰. De modo similar, en España⁵¹ y Chile⁵², cuando se acoge la posibilidad de una exención o atenuación de responsabilidad penal respecto de quien ha cometido un hecho típico por razones de conciencia, se ha entendido que ello se debe a una desaparición o disminución de la culpabilidad del autor, sin que se vea en nada afectada la antijuridicidad de su conducta.

También Carnevali rechaza la resolución de los conflictos surgidos de la divergencia de valoraciones, culturalmente condicionada, por la vía de

46 CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, Tomo I, § 22, nm 121-122.

47 Véase *id.*, § 22 nm 121.

48 Véase *id.*, § 7 nm 59 y § 14, nm 14.

49 Véase *id.*

50 Véase *id.*

51 FRANCISCO MUÑOZ CONDE & MERCEDES GARCÍA ARÁN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, (Tirant lo Blanch, 6ª ed., 2004), (Esp.), pág. 400.

52 Véase, *por ejemplo*, SERGIO POLITOFF, DERECHO PENAL, Tomo I, (Conosur, 1997), pág. 669.

la justificación por los peligros que ello supone para la prevención general y la estabilidad social⁵³. De hecho, estos peligros incluso acecharían si el derecho se muestra demasiado laxo a la hora de reconocer eficacia exculpante, siguiendo su planteamiento, al error de prohibición culturalmente condicionado⁵⁴.

2.3 Costumbre indígena y monismo jurídico (penal)

Antes de la ratificación del Convenio 169 el derecho chileno había enfrentado la cuestión del multiculturalismo por medio del reconocimiento de cierto valor a la costumbre indígena, incluso en materia jurídico penal. Ello ocurrió indirecta y parcialmente cuando el legislador decidió que la costumbre indígena debía ser tomada en cuenta puntualmente para modular el tratamiento penal de comportamientos de determinado pueblo indígena, adaptándolo a la valoración relativamente diversa que tales conductas tendrían al interior de esa comunidad, como en el caso del pueblo Rapa Nui⁵⁵. Pero el legislador también hizo referencia directa, y más ampliamente,

53 Por mi parte, en una investigación más general concluida en 1997 defendí la tesis de que el hecho cometido por razones de conciencia puede dar lugar a una inexigibilidad penal general que fundamenta la negación de la antijuridicidad penal de la conducta y no necesariamente la negación de su antijuridicidad general, acogiendo la distinción de Günther seguida por Luzón Peña. Esto ya que en casos de falta de legitimidad discursiva, en el sentido habermasiano, no se dan condiciones básicas de motivabilidad racional por las normas, posibilidad de sentirse autor racional de la norma, lo que hace decaer la necesidad y posibilidad de buscar un efecto preventivo. Respecto de ese grupo, precisamente, se fundamenta una causal de exclusión de la antijuridicidad penal. Véase *Couso*, supra nota 38, pág.529 y ss., 532-533. La explicación anterior se sitúa dentro del horizonte de un sistema monista de normas penales sin posibilidad de admitir algún grado de pluralismo jurídico respecto de ciertos pueblos indígenas en la definición de lo injusto.

54 “En todo caso, no es posible dejar de advertir los riesgos que tales planteamientos presentan. Por de pronto, un recurso general y amplio a este tipo de medidas para enfrentar divergencias de orden cultural puede dar lugar a desconfianzas en el sistema penal. Así mismo, no se puede dejar de reconocer el peligro que supone el establecimiento expreso de una eximente ¿como el citado art. 15 del Código peruano? desde la perspectiva del principio de legalidad, pues un reconocimiento formal abre la puerta a una serie de dificultades que son difíciles de resolver a priori. Asimismo puede entenderse que la sola pertenencia a una determinada cultura condiciona su comprensión de la norma; o por otro lado, cuánto tiempo debe permanecer un sujeto en un territorio determinado para estimar que comprende una norma. Esto podría dar lugar a una especie de incentivo perverso: no integrarse ni conocer las normas imperantes. En definitiva, sin dejar de reconocer la pertinencia del error en los términos expuestos, parece innecesario crear ex novo una eximente, siendo suficiente las reglas generales”. Véase Carnevali, *supra* nota 35, pág. 28.

55 La Ley N° 16.441, de 1 de marzo de 1966, que crea el Departamento de Isla de Pascua, dio un tratamiento penal atenuado a los delitos sexuales y contra la propiedad cometidos en Isla de Pascua por naturales de ella: “Artículo 13°: En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”.

a la necesidad de considerar la costumbre jurídica en materia penal, en el artículo 54 de la Ley Indígena conforme a la cual:

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

“Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal”.

Una primera mirada permite apreciar otra expresión del monismo jurídico. Conforme a ella, tal tendencia se inscribiría en el marco del denominado modelo integracionista de resolución de las relaciones entre el estado y el derecho estatal, por una parte, y los pueblos indígenas, por la otra. Este modelo reconoce el valor relativo de la especificidad cultural indígena expresada también en ciertas valoraciones normativas relativamente distintas en materia penal, pero sin poner en tela de juicio el valor universal de las normas del derecho penal estatal legislado, modulando marginalmente la aplicación de exculpantes y atenuantes para tener en cuenta los condicionamientos y dificultades que ciertos individuos enfrentan a la hora de actuar conforme a las exigencias del derecho, dificultades derivadas de su pertenencia a esa cultura que tiene ciertos usos y costumbres diferentes.

En efecto, el reconocimiento de un cierto valor a la costumbre indígena, con esos acotados efectos, supone abandonar completamente en manos del derecho penal estatal legislado la definición del alcance del injusto penal típico —es decir, lo lícito y lo ilícito— permitiendo a la normatividad indígena incidir solamente en la decisión de si el individuo es, y en qué medida, reprochable por su comportamiento antijurídico o si, por el contrario, cabe exculparlo porque en su caso, condicionado por su cultura defectuosa desde el punto de vista de las definiciones estatales de lo injusto, resulta incapaz de actuar de otra forma —como los individuos sin defectos personales o culturales actuarían—. Por otra parte, ya en el plano simbólico, la definición del derecho propio indígena como costumbre, en un ordenamiento jurídico y en una rama del derecho que asigna un valor claramente superior al derecho legislado hasta el punto de ser la fuente por excelencia⁵⁶, supone también una desvalorización del mismo en tanto producto normativo más primitivo, menos elaborado y desarrollado.

El efecto, visto desde la perspectiva mapuche, el derecho propio termina relegado al lugar de meros usos y costumbres, en palabras de Barrientos:

56 Véase sobre esa afirmación, en la tradición de los sistemas jurídicos continentales, Jaime Couso, *El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidad en perspectiva*, REVISTA GENERAL DE DERECHO PENAL, N° 5, 2006.

“como el producto espurio de una cultura inferior que osa desafiar la homogeneidad normativa conseguida tras décadas de codificación”, de modo que, la calificación del derecho propio mapuche como costumbre jurídica “[es] una manera de negar la existencia de las autoridades y la jurisdicción indígena (...). [S]u reconocimiento es visto como un abierto desafío al Estado y su pretensión de tener la jurisdicción exclusiva, sostenida en la ideología del universalismo e igualdad ante la ley”⁵⁷.

Sin embargo, especialmente después de la ratificación del Convenio 169 es posible tener otra mirada sobre el estatus de la costumbre jurídica indígena, que no confirma sino pone en tela de juicio la perspectiva del monismo jurídico en materia penal. En la próxima sección, al examinar las implicancias de su ratificación en el contexto de otros hitos en el paulatino proceso de resquebrajamiento de las bases de legitimidad de la perspectiva monista, se hará referencia a esa mirada diversa sobre la significación de la costumbre y el derecho propio mapuche en materia penal.

3. EL ENFOQUE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO PENAL: PERSPECTIVAS SUPERADORAS

3.1 Las premisas

El intenso desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en el campo de los derechos especiales de los individuos y pueblos indígenas, viene a representar un importante cuestionamiento dirigido desde el multiculturalismo a las premisas que apoyan el monismo jurídico asociadas a la pretensión de que los estados están formados por una única nación, con una sola cultura, para la que debe regir un único derecho. Ese cuestionamiento, contra lo que algunos temen, no pasa por negar la importancia que al derecho estatal y, ciertamente también al derecho internacional, le corresponde en la protección de ciertos derechos fundamentales garantizados a todos los seres humanos, con independencia de su cultura, lo cual constituye un principio básico del liberalismo democrático. La amplia acogida que cada vez más algunos estados occidentales de tradición liberal brindan al principal instrumento internacional multicultural, el Convenio 169 de la OIT, da cuenta de que ese temor ha ido cediendo. Incluso más, acaso refleja la convicción creciente de “[l]as políticas de reconocimiento y acomodo de la diversidad étnica pueden expandir la libertad humana, fortalecer los derechos humanos, aminorar las jerarquías étnicas y raciales, y profundizar la democracia”, como sostiene Kymlicka⁵⁸.

57 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *supra* nota 13, pág. 1036.

58 Véase KYMLICKA, *supra* nota 29, pág. 18.

Ello sería así no sólo porque dichas políticas y normas internacionales operan dentro de los límites establecidos por los estándares de los derechos humanos –en términos de la UNESCO “nadie puede invocar la diversidad cultural para violar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional”⁵⁹, sino también porque “estas normas están inspiradas en valores liberales subyacentes de libertad, igualdad y democracia”⁶⁰.

Se trata, entonces, de normas y políticas multiculturales que tienen una orientación e inspiración liberal, lo que se ha dado en llamar un multiculturalismo liberal. Si esa es la premisa liberal, la premisa multicultural de estas políticas y normas promovidas a nivel internacional puede explicarse como un rechazo a los modelos tempranos de estado-nación unitarios y homogéneos donde un grupo dominante –las élites criollas en el caso de América Latina– definía la identidad cultural, la lengua, la cultura, entre otros aspectos, y dominaba el estado en función de la protección de sus intereses, excluyendo o intentando asimilar a las minorías étnicas que habitaban sus territorios, en muchos casos, con anterioridad al establecimiento del sistema colonial⁶¹.

Ya se han examinado las formas que adoptaron esas políticas y cómo se encuentran en la base de algunos de los conflictos que el estado de Chile ha procurado resolver, fundamentalmente, a través de la criminalización y mediante la aplicación del derecho penal, generando serios cuestionamientos de los organismos internacionales de derechos humanos.

A partir del rechazo a los modelos tempranos de estado-nación culturalmente homogéneo, una serie de políticas han ido configurando una perspectiva crecientemente multicultural para la resolución de la diferencia étnica, cultural y jurídica. No obstante la naturaleza de cada caso, Kymlicka identifica tres principios generales comunes a estos diversos intentos por construir un estado multicultural:

- a) El rechazo a la vieja idea de que el estado esté en manos de un grupo nacional singular.
- b) El rechazo a las políticas de construcción nacional destinadas a la asimilación o exclusión de grupos minoritarios, o no dominantes, y la aceptación que los individuos deberían tener la posibilidad de acceder a las instituciones del estado y actuar como ciudadanos plenos sin tener que ocultar o negar su identidad etnocultural debiendo el éste, por su parte, ofrecer reconocimiento y acogida a la historia, lengua y cultura de los grupos no dominantes tal como lo hace con los dominantes.

59 Véase *id.*

60 Véase *id.*

61 Véase *id.*, pág. 61-62.

- c) El estado debe reconocer la injusticia histórica que ha cometido con los grupos minoritarios y no dominantes mediante aquellas políticas de asimilación y exclusión, y manifestar su voluntad de ofrecer algún tipo de reparación y rectificación⁶².

3.2 Pluralismo jurídico y los derechos fundamentales como límite

En el plano del derecho, la consecuencia normativa más importante del multiculturalismo liberal es el reconocimiento de los derechos humanos colectivos, junto a los individuales, con el fin de garantizar justicia etno-cultural; es decir, una situación de “ausencia de relaciones de opresión y humillación entre diferentes grupos etnoculturales”⁶³.

Según Kymlicka los derechos individuales, incluso de asociación y libertad de conciencia, aunque establecen límites al proceso de construcción nacional proscribiendo el genocidio o prohibiendo discriminar a los individuos en razón de su origen étnico en el ejercicio de sus libertades individuales o de sus derechos políticos, no han protegido a los derechos de las minorías. Por el contrario, han dado cobertura normativa a la construcción nacional de los estados occidentales debilitando cualquier identidad nacional que compita con “políticas pensadas para poblar los territorios de las minorías, para socavar sus instituciones políticas y educativas y para imponer una única lengua común”, de modo que “[l]a mayoría invoca los principios de los derechos humanos para exigir acceso al territorio de la minoría, para desguazar los tradicionales mecanismos políticos de consulta y acomodo y para rechazar las políticas lingüísticas que tratan de proteger la viabilidad territorial de las comunidades minoritarias”⁶⁴.

Por ello, concluye Kymlicka, para evitar que los derechos humanos sean instrumento de sujeción injusta deben completarse con varios derechos de las minorías: lingüísticos, de autogobierno, de representación, federalismo, entre otros, derechos que no pueden llegar después que los derechos individuales, ya que “puede que con el tiempo [la minoría] se encuentre tan debilitada que sea incluso incapaz de exigir o ejercer de forma significativa sus derechos como minoría (por ejemplo, al perder el predominio local o la concentración territorial necesaria para conservar su lengua, o para ejercer autogobierno local)”⁶⁵.

Por otra parte, insiste en que los derechos humanos tradicionales tampoco pueden quedar en un segundo plano, pues “los miembros individuales

62 Véase *id.*, pág. 65.

63 WILL KYMLICKA, LA POLÍTICA VERNÁCULA. NACIONALISMO, MULTICULTURALISMO Y CIUDADANÍA, (Paidós, 2003), (Esp., Arg., Mex.), pág. 101 y ss. Véase Bascañán, *supra* nota 4.

64 Véase *id.*, pág. 104.

65 Véase *id.*, pág. 105.

de las minorías nacionales pueden resultar tan maltratados y oprimidos por los dirigentes de su propio grupo como por el gobierno de la mayoría y, por consiguiente, todo sistema de autogobierno de la minoría debe incluir algunas disposiciones institucionales para hacer cumplir los derechos humanos tradicionales en el seno de la comunidad minoritaria”. Así, este autor concluye: “Necesitamos un concepto de justicia que integre la equidad entre los diferentes grupos etnoculturales (a través de los derechos de las minorías) con la protección de los derechos individuales de la mayoría y la minoría (a través de los derechos humanos tradicionales)”⁶⁶.

Ahora bien, esta insistencia ha sido vista como una desvalorización del derecho de los pueblos indígenas. El Informe de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche, producido en el marco del Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas recuerda el modelo segregacionista vigente durante la colonia que permitía a los indígenas conservar sus autoridades para dirimir conflictos entre indígenas pero siempre bajo tutela española, pues se les consideraba ciertamente incapaces: “carentes de capacidad para inteligir cuáles son los derechos naturales, pero tienen hermanos mayores que son los católicos españoles, quienes van a respetar las costumbres y autoridades indígenas mientras no violen a la ley humana y divina, impuestas por éstos, porque no tienen capacidad de inteligir”⁶⁷. La instancia añade, ahora, sobre aquella insistencia en los derechos fundamentales como límite al pluralismo jurídico que: “argumentos no menos ofensivos que los de antaño, pero con el mismo fondo han aparecido en la discusión actual, en que se habla del límite al reconocimiento del derecho propio mientras no violen las leyes, la constitución y los derechos humanos del mundo occidental; es decir, se trata de que en el caso de reconocimiento del derecho propio, éste debiera ser tutelado por el derecho estatal”⁶⁸.

Efectivamente, en el contexto de la desvalorización histórica de la propia cultura de los pueblos indígenas, esa queja parece plenamente justificada. Sin embargo, si los derechos fundamentales se reconocen como un límite general –incluso un límite frente a las concepciones normativas y, sobre todo, los intereses políticos, económicos y sociales de los grupos hegemónicos– su dinámica interna también actúa para rechazar la dominación ejercida al interior de todos los grupos y comunidades culturales y políticas por quienes tienen más poder. La queja, entonces, no puede entenderse como una razón para relajar esos límites al interior de los pueblos indígenas. Lo decisivo, por cierto, es que en esos límites no se realicen, bajo el pretexto de universalidad, intereses del grupo nacional dominante detentando de forma exclusiva el poder de definir, a fin de cuentas, el contenido de las disposiciones constitucionales.

66 Véase *id.*, pág. 106.

67 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *supra* nota 13, pág. 1033. La cita a la que hace referencia el autor corresponde a Juana Inés de Sepúlveda.

68 Véase *id.*, pág. 1033.

Por esta razón es tan importante el papel que los instrumentos internacionales de derechos humanos puedan cumplir en la definición del contenido de esos límites comunes –si en su interpretación se les depura de elementos etnocéntricos occidentales– de modo que sea su dinámica interna, emancipadora y de limitación a la dominación, la que actúe⁶⁹.

3.3 El derecho indígena y su estatus frente al derecho estatal: conflicto de contenidos normativos y la cuestión de los derechos fundamentales como límite. El caso del derecho penal

El reconocimiento del derecho colectivo de los pueblos indígenas a su propia cultura y a una relativa autonomía política priva de legitimidad la pretensión de un derecho único para todos los habitantes. Los pueblos indígenas tienen un derecho reconocido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio 169, que corresponde a sus propios sistemas de justicia y valoraciones normativas.

Sin embargo, la demanda de limitar el pluralismo cultural y jurídico por medio de la exigencia de respeto a los derechos humanos es central, como se vio, para el multiculturalismo liberal. Ello plantea que, incluso, en un escenario de relativo pluralismo jurídico, a lo menos el derecho penal sea uno y el mismo para todos considerando que esta rama del derecho reflejaría, como ninguna otra, la apreciación colectiva acerca de cuáles son las afectaciones de derechos fundamentales tenidas por tan importantes, que merecen las más enérgica protección estatal.

De hecho, si se asume de forma indiferenciada que todas las normas penales son estrictamente necesarias para la protección de los derechos fundamentales, seguramente el reconocimiento del pluralismo cultural en el derecho penal va a encontrar una cerrada oposición reduciendo la sensibilidad hacia la diferencia cultural meramente a una actitud de mayor disposición a reconocer atenuantes o eximentes basada en una menor, o nula, culpabilidad del autor.

Según advierte Renteln, el peligro de esta asunción indiferenciada de que todo el campo de lo penalmente prohibido refleja límites necesarios para

69 En tal sentido, como lo explica Ellacuría, detrás de la dimensión etnocéntrica de la protección de los derechos humanos definidos desde occidente, con pretensiones de un valor universal que sirve de fuerza legitimadora de los poderosos, también es dable reconocer una dinámica radical emancipadora de las culturas y pueblos no centrales y de las mayorías postergadas frente al poder de los grupos y naciones hegemónicas, dinámica que sí es universalizable. Véase, en detalle, JUAN ANTONIO SENENT DE FRUTOS, ELLACURÍA Y LOS DERECHOS HUMANOS, (Desclée de Brouwer, 1997), (Esp.), pág. 76 y ss., 147 y ss. En relación con los pueblos indígenas, esa dinámica emancipadora debe servir para interpretar los derechos humanos como límites frente al poder del estado nacional, de las autoridades y grupos dominantes, del mismo modo que deben limitar el poder de los grupos dominantes al interior de los pueblos indígenas a favor de las minorías más vulnerables en estas mismas comunidades.

la protección de los derechos fundamentales, estaría presente en el propio Kymlicka cuando rechaza el acomodo del derecho estatal a las valoraciones de las minorías étnicas, en los casos en que sus tradiciones chocan con el derecho penal.

Pero ya se ha advertido que del reconocimiento del valor universal de ciertos bienes protegidos por el derecho penal –la vida, la integridad física y salud, la autonomía, la libertad sexual, la indemnidad de los niños, incluso la propiedad– no es posible derivar automáticamente el valor universal, o *ius-fundamental*, de la decisión prudencial de proteger esos bienes en contra de unas, y no otras, formas de afectación precisamente por medio de prohibiciones penales, y menos incluso de la decisión de escoger una determinada intensidad penal para tales y cuales infracciones a esas prohibiciones penales.

Si hay algo claro sobre la relación entre derechos humanos y derecho penal es que los primeros limitan el poder punitivo del estado siendo, en cambio, problemática –en todo caso muy acotada para quienes la sostienen– la afirmación de una relación inversa⁷⁰; es decir, que los derechos humanos fundamentarían el ejercicio del *ius puniendi* al punto que de su sólo reconocimiento se derivaría una exigencia que castigue penalmente cualquier violación de tales derechos. De hecho, en el derecho internacional se sostiene que, como consecuencia del deber estatal de protección de los derechos humanos, “de los pactos de derechos humanos sólo resulta una obligación de sanción penal de graves violaciones de los derechos humanos [y no de cualquier violación de ellos] para el Estado de comisión del delito [y no para terceros Estados]”⁷¹.

En la misma línea, según Renteln los límites opuestos a la consideración de la cultura a favor del acusado en casos penales deben ser mucho más restrictivos y no pueden simplemente identificarse con todo el derecho penal:

“La cultura debería influir en la decisión del caso, a menos que de ello resulte un daño irreparable a terceros. (...) En ausencia de toda amenaza real, las minorías étnicas deberían, en general, tener un derecho a seguir sus propias tradiciones culturales, libres de toda interferencia estatal. (...) Ahí donde el ejercicio de este derecho no choque con otros derechos humanos, debe ser protegido”⁷².

Pero incluso si el derecho a seguir la propia cultura entra en tensión con otros derechos de terceros “será necesario un cuidadoso análisis de la importancia relativa [el peso relativo] de los derechos [en colisión]”, y sólo

70 Véase en detalle, críticamente sobre un movimiento en tal sentido, que aprecia en el desarrollo de los derechos humanos, Antonio Bascuñán, *Derechos fundamentales y derecho penal*, REJ – REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA, N° 9, (2007).

71 GERHARD WERLE, *TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL*, (Cárdenas, Couso & Gutiérrez traductores., Tirant lo Blanch., (2° ed.), (2011), pag. 205.

72 Véase RENTELN, *supra* nota 28, posición 200-201.

“en algunas instancias el derecho a la [propia] cultura [puede] ser desplazado por otros derechos”⁷³.

De modo que, en los demás casos, el principio de máxima adecuación debe presidir las decisiones del estado. En todo caso, lo que no parece justificado es que el pluralismo jurídico sea visto como peligroso para los derechos de las minorías. En ello puede verse también la justicia de aquella queja en contra de la sospecha que –bajo la forma de una insistencia en el límite impuesto a la cultura por los derechos humanos– se proyecta sobre el derecho propio indígena. Así, por ejemplo, Renteln rechaza el argumento de que las *cultural defenses* serían contrarias a los derechos de las mujeres, por permitir que las invoquen maridos celosos que agredieron a sus mujeres. Destaca que “la defensa también beneficia a las mujeres, y [además] hay muchos más casos en que las *cultural defenses* se invocan sin relación alguna con mujeres, que los [pocos] casos relativos a maridos celosos”⁷⁴.

Ahora bien, si se piensa en la primera relación entre derechos humanos y derecho penal, aquella que postula a los derechos humanos como límites a *ius puniendi*, hay menos dificultades para acordar límites al pluralismo jurídico pues es más sencillo decidir la ponderación entre los derechos humanos individuales y los intereses culturales en juego. Piénsese en los casos donde una forma de valorar y resolver el conflicto penal, al interior de una comunidad indígena, entra en colisión por exceso de rigor punitivo, y no por un supuesto defecto de tal rigor, con derechos humanos considerados fundamentales para todas las personas, por ejemplo el derecho a no ser castigado con una sanción que desconocía le podía ser impuesta, ser castigado sin tener culpabilidad, ni a serlo con una pena desproporcionada o, en cualquier caso, con una pena cruel o inhumana. Si bien, en tales casos también puede reconocerse el conflicto y la necesidad de máxima adecuación que, por ejemplo, bien puede expresarse en relativizar el alcance del principio de legalidad de la pena siempre que no se llegue a negar su núcleo esencial⁷⁵, el balance en caso alguno podrá pasar por admitir castigos que sorprendan al individuo de buena fe que sean desproporcionados o infrinjan la prohibición de penas crueles.

3.3.1 *Excurso: la perspectiva angloamericana del cultural defense*

El desarrollo legal y jurisprudencial en el derecho angloamericano de las llamadas *cultural defenses*, se ha convertido paulatinamente en un punto de referencia a la hora de debatir la cuestión sobre cómo considerar, también en el derecho penal de los sistemas continental-europeos, la diversidad

73 Véase RENTELN, *supra* nota 28, posición 201.

74 Véase RENTELN, *supra* nota 28, posición 3089.

75 La oralidad puede suplir la escrituración entre quienes tienen clara noticia previa, a través de una socialización oral, respecto de la sanción esperable para un delito.

cultural y étnica para adjudicar responsabilidad penal⁷⁶. Son alegaciones que demandan al tribunal tener en cuenta el trasfondo cultural del imputado por un delito –o del interesado en un litigio civil o constitucional– para modular la decisión judicial de forma consistente con dicho trasfondo en un caso penal, eximiendo al imputado, o acusado, de responsabilidad criminal o bien atenuándola⁷⁷.

Leído desde la perspectiva del sustrato conceptual e ideológico del derecho penal de cuño alemán, en una primera aproximación pareciera confirmar lo correcto de su asunción principal en esta materia: la diferencia cultural atenúa la responsabilidad o exculpa, nunca justifica e incluso debe atenuar o exculpar de forma excepcional de modo de no poner en peligro el efecto preventivo general de las normas penales y las penas.

En efecto, al resumir las razones a favor de considerar la *cultural defense* en procedimientos penales, Renteln hace referencias que parecen coincidentes con ese alcance acotado de las consideraciones culturales en materia penal:

“La lógica que está detrás de ese alegato es que el comportamiento de un individuo está influenciado por su cultura en una medida tan extensa que (1) o el individuo sencillamente no creía que sus acciones contravinieran alguna ley, (2) o el individuo se sintió forzado a actuar del modo en que lo hizo. En ambos casos, la culpabilidad del individuo es atenuada.

La mejor forma de alcanzar un equilibrio es mediante el establecimiento de una *cultural defense*, como excusa parcial”⁷⁸.

Sin embargo, cuando la propia Renteln trata el problema desde la perspectiva del derecho a la propia cultura, la lógica que subyace a la consideración de las *cultural defenses* se muestra con un alcance mayor cumpliendo una función más cercana a la afirmación de un derecho a comportarse conforme a la propia cultura –un derecho al que, en su caso, debe darse preeminencia– que a la afirmación de una conducta desde luego indebida, pero más o menos excusable:

“[M]i propia concepción es que los individuos deberían tener el derecho a seguir sus propias tradiciones culturales sin interferencias, a menos que las tradiciones signifiquen un gran riesgo para otros miembros del grupo étnico o para la sociedad en su conjunto. Ese riesgo debe ser extremadamente grave, como la amenaza de un daño físico irreparable”⁷⁹.

76 Véase Carnevali, *supra* nota 35, pág. 16-17.

77 Véase en detalle, RENTELN, *supra* nota 28, *passim*.

78 Véase *id.*, posición 2929 y 2937.

79 Tratándose en particular del derecho a la libertad de conciencia o religión, su debido respeto también a favor de las minorías incluso haría innecesaria la aplicación de *cultural defenses* porque ni siquiera se plantearía la cuestión de la ilicitud de la conducta dejando a salvo la cuestión de los límites que, por cierto, no tienen por qué ser coextensivos con todas las figuras penales del derecho estatal: “If a government purports to protect the

En efecto, para la autora sólo en esas circunstancias extremas debe negarse el derecho a comportarse de acuerdo con la propia cultura pues, a fin de cuentas, el derecho a vivir conforme a sus propios planes de vida, definidos por la propia cultura, es un “derecho humano fundamental”, de modo que no puede simplemente ceder frente a la pretensión de que hay una sola manera correcta de vivir, por más que ella venga validada por las convicciones de la sociedad mayoritaria:

“Hasta que el derecho a la cultura no sea entendido como un derecho humano básico, se seguirá diciendo a los individuos que deben asimilarse, que su trasfondo [cultural] es ‘irrelevante’, y que hay [sólo] un modo correcto de comportarse. En una sociedad culturalmente diversa es necesario que se permita a los individuos seguir sus propios planes de vida sin interferencia estatal”⁸⁰.

Por lo demás, en su recuento de la forma en que las consideraciones del trasfondo cultural influyen en el tratamiento de casos penales, Renteln da cuenta de efectos que bien pueden interpretarse como la afirmación de una justificación de la conducta.

Así ocurre en ciertos casos en que el contexto cultural ha sido tomado en cuenta para decir si el autor cometió el hecho en *self defense* –una justificante, no una simple exculpante⁸¹–, por ejemplo, cuando el examen de si la reacción defensiva del acusado fue razonable tomó en consideración el historial reiterado de violencia ejercida por la policía y los agentes del estado (que en algún momento histórico llegó a constituir genocidio) en contra de una comunidad étnica minoritaria a la que él pertenecía, llegándose a la conclusión de que, con esos antecedentes, y, bajo las circunstancias objetivas

religious liberty of all who reside within the borders of a country, then even religious minorities apparently can assert this right. Where this principle to be enforced uniformly, in many instances, cultural defenses would be unnecessary”. Véase *id.*, posición 2911.

80 Véase *id.*, posición 3470.

81 La distinción entre justificación y excusa al interior del género de las *defenses* si bien ha sido criticada por alguna parte de la doctrina y jurisprudencia, también se viene reconociendo desde hace ya unas décadas en el derecho norteamericano precisamente para afirmar que la primera defensa supone alegar que el autor actuó correctamente, conforme a derecho –incluso, en ciertos casos, conforme al deber–, lo que tiene una serie de implicancias prácticas –conocidas hace un siglo en la tradición germana e identificadas actualmente en el derecho angloamericano; por ejemplo, que el acto justificado, a diferencia del excusado, no puede ser resistido por un tercero e incluso puede ser auxiliado–. Además, es claro que, en el contexto de esa distinción, la defensa propia es una justificante no una mera exculpante o *excuse*. De hecho como afirma Fletcher, quien introdujo la distinción conceptual hace más de tres décadas, en el contexto de la literatura norteamericana –así se lo reconocen, por ejemplo, Singer & La Fond, la distinción ya tiene base legal en el *Model Penal Code*, a partir de la distinción –conceptualmente previa a aquella– entre antijuridicidad y culpabilidad. Véase, por ejemplo, RICHARD G. SINGER & JOHN Q. LA FOND, CRIMINAL LAW. EXAMPLES & EXPLANATIONS, (Aspen Publishers-Wolters Kluwer, 4º ed., 2007), (N.Y.), pág. 409 y ss. Véase GEORGE FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW. AMERICAN, COMPARATIVE AND INTERNATIONAL, Vol. Ie: Foundations, (Oxford University Press), (2007), (U.K., N.Y.), pág. 326-327.

en que estaba siendo agredido, el acusado razonablemente creyó necesaria su violenta reacción defensiva, que se tradujo en la muerte de un policía⁸².

Lo mismo puede decirse del efecto de la cultural defense en el tratamiento del uso sacramental del peyote —cactus con propiedades psicoactivas y alucinógenas que la legislación norteamericana califica como droga—⁸³ cuando ha conducido a absoluciones que favorecen a grupos indígenas. Así se aprecia en la célebre decisión de la Corte Suprema de California (*People v. Woody*, 1964) que, reconociendo el uso religioso por parte de los Navajo de las propiedades alucinógenas del peyote y el interés estatal en su regulación, identificó una colisión de intereses que resolvió de la siguiente manera: “dado que el uso del peyote incluye la esencia de la expresión religiosa, [su] peso es considerable (...) [y] [l]a escala se inclina a favor de la protección constitucional (...)”. Enseguida hace una clara declaración a favor del pluralismo no sólo cultural, sino jurídico:

“Las variadas corrientes de las subculturas que fluyen hacia la corriente principal de nuestra vida nacional le confieren profundidad y belleza. Estamos preservando un valor mayor que el de una tradición antigua cuando protegemos el derecho de los indígenas que practican de modo honesto una vieja religión, usando peyote una noche en una reunión (...)”⁸⁴.

Es claro que en esta decisión no se trata de excusar o exculpar a los indígenas por su incapacidad culturalmente condicionada, o de comprender la prohibición penal de tráfico y consumo de drogas alucinógenas, sino de reconocer la licitud de su valoración cultural y de su práctica religiosa diversa. De hecho, a partir del reconocimiento jurisprudencial sobre el uso sacramental del peyote por indígenas norteamericanos que forman parte de la Iglesia de Nativos Americanos (NAC), se ha permitido su uso por miembros del ejército pertenecientes a dicha iglesia, con la restricción de interrumpir su consumo 24 horas antes de volver al servicio activo y no portarla en vehículos o bases militares. Sin embargo, dejando claro que no se trata de una revisión general del carácter socialmente nocivo del tráfico y consumo de peyote, la jurisprudencia norteamericana ha rechazado extender su justificación a personas que no sean nativos americanos, incluso si pertenecen a la NAC. En este caso, la cláusula constitucional de no discriminación no se consideró para esta restricción, pues la distinción no era racial, como se alegó, sino política⁸⁵. Así se dio a entender que no

82 Véase RENTELN, *supra* nota 28, posición 497-506.

83 Véase, en este sentido, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Decreto N° 867, Reglamento de la Ley N° 20.000, sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, artículo 5, (2007).

84 Véase RENTELN, *supra* nota 28, posición 1213.

85 Así en *U.S. v. Warner* (1984). No obstante, sí se consideró discriminatorio el trato en *Warner v. Graham* (1988). Véase cita de ambas decisiones, RENTELN, *supra* nota 28, posición 4218.

se trata simplemente de permitir la conducta en el ejercicio de la libertad religiosa, pues nadie podría fundar una religión que adopte como práctica el consumo de drogas, sino de un acto de pluralismo cultural frente a un pueblo y una cultura indígena diversa.

3.4 El Convenio 169 y el principio de máxima adecuación en materia penal: referencias a la jurisprudencia comparada en América Latina

En materia penal, el Convenio 169 de la OIT recoge las dos dimensiones del multiculturalismo liberal recién apuntadas: el reconocimiento del derecho propio indígena, así como los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, y el límite impuesto por el respeto de los derechos fundamentales.

En lo que atañe al reconocimiento del derecho propio el artículo 8 señala:

“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)”.

Además, específicamente en relación con la justicia penal, los artículos 9 y 10 disponen:

“Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

“Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

De las disposiciones citadas parece desprenderse una diferencia entre el estatus de las conductas ajustadas a las costumbres y al derecho propio indígena, pero prohibidas por el derecho penal nacional, por una parte, y el estatus de los sistemas de justicia penal indígena contrarios al sistema jurídico nacional, por la otra. Las primeras sólo tendrían como límite los derechos fundamentales, de rango constitucional, y los derechos humanos

consagrados a nivel internacional. Los segundos estarían limitados por el sistema jurídico nacional, lo que parece incluir las normas de rango meramente legal.

En el primer caso la cuestión de los límites al pluralismo jurídico se presentaría como ha venido planteándose; es decir, exigiendo examinar en qué casos las conductas prohibidas por el derecho penal nacional afectan gravemente, no de cualquier modo, derechos fundamentales de terceros causándoles un daño irreparable. Aun en este caso sería necesario examinar los derechos en conflicto, desde el punto de vista del principio de máxima adecuación, antes de decidir si el derecho a la propia cultura y al propio derecho debe ceder. A nivel de la jurisprudencia comparada, en América Latina ya se registra alguna decisión inspirada en el Convenio 169 sosteniendo la atipicidad de conductas que de otro modo habría que considerar penalmente relevantes⁸⁶ y admitiendo la posibilidad de hacer una excepción a la pretensión punitiva del estado en atención a la legitimidad y licitud que esa conducta tiene desde el punto de vista de la cultura diversa del imputado.

En el segundo caso, según lo expresa el artículo 9, el derecho a recurrir a los métodos de la justicia propia tiene como límite no únicamente la protección de los derechos humanos, sino más en general, el sistema jurídico nacional lo cual podría leerse como una cierta negación del pluralismo jurídico puesto que también forman parte de éste no sólo las normas de rango legal, incluidas las que no establecen propiamente derechos, sino, por ejemplo, penas, órganos judiciales competentes, procedimientos, entre otros. Ello afectaría tanto a las normas indígenas que conducen a sancionar conductas, más allá de los casos y de la forma establecida por las leyes estatales, así como a las sanciones indígenas que son demasiado benévolas comparadas con el sistema jurídico nacional.

Así entendida, advierte Hoekema, la cláusula según la cual los pueblos indígenas tienen facultades para resolver conflictos conforme a su cultura

86 Courtis, Christian, *Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina*, en: Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos, Año N° 6, Número 10, Sao Paulo, Junio, (2009), disponible en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_courtis.htm.

El autor cita la decisión de un juzgado de paz del Municipio de San Luis, en el norte de Guatemala, que habría desestimado la relevancia penal de un comportamiento denunciado como tráfico de tesoros nacionales, considerando que el imputado era un sacerdote maya que trasladaba los objetos de valor arqueológico para la práctica de rituales y ceremonias. La decisión considera esta calidad en el marco del artículo 9.2 del Convenio 169 al que hace expresa referencia, si bien no es claro que sin esta consideración la conducta habría sido considerada realmente como un caso de tráfico por falta de la intención de comerciar con los objetos trasladados. Mayores referencias y comentarios a la sentencia véase, Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos UN doc. A/HRC/9/9*, en: Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, pág. 162 y ss., (2009).

y tradiciones “siempre y cuando no contravengan las leyes nacionales (o las leyes de la república) ni la constitución”, en realidad, “no reconoce el pluralismo jurídico; al contrario, dice que solamente cuando lo tolera el orden legal nacional, se aceptaría la normatividad local... [e]so no significa autonomía. A lo sumo conforma un sistema de pluralismo jurídico unitario”⁸⁷ lo que termina igualando el estatus del derecho y de los sistemas de justicia indígenas

“(...) a la situación colonial en que se aceptaba el otro derecho siempre y cuando no fuera repugnante para la gente civilizada británica o holandesa”, siendo que “[e]l meollo de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos, hasta contrarios, de derecho y de autoridad”⁸⁸.

Sin embargo, si bien aquella es una lectura posible del Convenio 169, en la jurisprudencia comparada de América Latina se registran decisiones que se hacen cargo del meollo de la cuestión enfrentando la tensión entre el respeto a los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas y el respeto a los derechos fundamentales, de la mano del principio de máxima adecuación entre el respeto a la cultura y al derecho propio indígena y la protección de los derechos fundamentales, más que de la mera legalidad estatal.

Esta cuestión ha sido abordada en algunas conocidas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. En ellas está en juego la necesidad de adecuar, en la mayor medida posible, el límite impuesto por el respeto a los derechos fundamentales a la pretensión punitiva de la respectiva comunidad indígena. En contra de un entendimiento monista de la cláusula del Convenio 169, conforme al cual el derecho de los pueblos indígenas a su propio sistema de justicia quedaría completamente sometido a los dictados, no sólo de los derechos fundamentales establecidos en la constitución, sino también de cualquier norma de rango legal, para la Corte Constitucional de Colombia, como observa Hoekema, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales (...) [pues] de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”⁸⁹.

Así, también haciéndose cargo del meollo de la cuestión, en palabras de Hoekema: “el reconocimiento de sistemas distintos, hasta contrarios [a los reconocidos unitariamente por el orden legal nacional], de derecho y autoridad”, la Corte Constitucional de Colombia en una sentencia del año 1996 debió examinar una acción de tutela constitucional interpuesta por el integrante de una comunidad indígena en contra de la condena a

87 André J. Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, en: *El Otro Derecho*, N° 26-27, (ILSA, 2002) pág. 80, disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-03.pdf>.

88 Véase *id.*

89 Véase *id.*

20 años de cárcel que le impuso la asamblea general de la comunidad por haber matado en estado de ebriedad a un comunero, condena que habría infringido varias garantías penales y procesal penales. El análisis de la corte parte del derecho de la comunidad a juzgar los comportamientos de uno de sus miembros, derecho que está limitado por la constitución y los tratados internacionales. En la identificación de esos límites, la corte impone el estándar de que debe tratarse de límites que cuenten con un amplio sustento internacional⁹⁰. Con todo, una vez identificados los límites relevantes para este caso, a saber la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, de los que se deriva el principio del debido proceso y el derecho a la defensa, la corte afirma que:

“(...) dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta”⁹¹.

Así, interpretando con amplitud el derecho a la defensa la corte no lo consideró violado, pero sí se detuvo a examinar si acaso la condena impuesta por la comunidad era siquiera mínimamente previsible concluyendo que, de conformidad con los estudios antropológicos de que disponía sobre el ordenamiento jurídico de la comunidad, lo previsible para el actor es que se impusiera una sanción de alrededor de tres años de trabajo forzado y de cepo a cumplir dentro de la comunidad, o que se remitiera el caso a la justicia ordinaria. Así, no siendo previsible que la comunidad impusiera a uno de sus miembros una pena de cárcel, que necesariamente se ejecute fuera de la comunidad, la corte acoge la tutela pero, coherentemente con el principio de maximización de la autonomía indígena, le entregó a la comunidad la facultad de decidir “si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales o si, por el contrario prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”⁹².

En otro caso, aun partiendo de presupuestos similares, la Corte Constitucional de Colombia, derechamente declaró contraria a la constitución la condena a un miembro de una comunidad indígena por diversos delitos, la pena de destierro y confiscación de su parcela, por ser desproporcionadas y por violar la prohibición constitucional de destierro y confiscación de bienes, además de trascender a los hijos del condenado, cuya subsistencia dependía de la parcela confiscada⁹³.

90 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-349, 8 de agosto 1996, en: André J. Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, en *El Otro Derecho*, n° 26-27, (ILSA, 2002) pág. 82.

91 Véase *id.*

92 Véase Corte Constitucional de Colombia, *supra* nota 90, pág. 83.

93 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254/94, 30 de mayo de 1994, en Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por*

Por su parte, en una decisión dictada por un tribunal de Guatemala se reconoce como un derecho de los integrantes de una comunidad indígena el respeto de sus sistemas de resolución de conflictos, para considerar entonces ya suficientemente sancionado el delito de robo agravado cometido por uno de ellos, a través del castigo impuesto por dicha comunidad, prohibiendo al estado seguir adelante con su pretensión punitiva por constituir una infracción del principio *non bis in idem*, disponiendo el sobreseimiento de la causa⁹⁴.

3.5 Más allá del pluralismo jurídico: la tierra y el territorio indígena, entre los derechos culturales y la autonomía política como pueblo

Al hablar de las premisas del multiculturalismo liberal en relación con los pueblos indígenas es importante hacer una referencia al estatus de las tierras y territorios indígenas, cuestión que está en la base de los casos de conflicto delictivo protagonizados por personas y grupos mapuche para la recuperación de territorios ancestrales.

La reivindicación de las tierras ancestrales, a veces violenta, y penalmente relevante en el marco de las normas del estado nacional, no puede verse como otro caso más de “valoración jurídica diferente” donde se expresa la propia cultura y la normatividad del pueblo indígena que formula el reclamo⁹⁵. Sus dimensiones van más allá de la expresión de una diferencia de valoraciones culturales y normativas, para alcanzar el ámbito de la acción política, en demanda de autonomía territorial.

En efecto, la recuperación de los territorios ancestrales –que constituye la principal demanda de los indígenas latinoamericanos– tradicionalmente se trataba desde la perspectiva de la protección a las tierras de indígenas frente a los abusos de particulares, compradores o invasores. Actualmente, el derecho internacional de los derechos humanos ha abierto dos dimensiones más complejas vinculadas con los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos UN doc. A/HRC/9/9, en: Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), supra nota 86.

94 Sentencia de Primera Instancia Penal de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán, Guatemala, 25 de junio de 2003, en id.

95 La necesidad de distinguir este caso de aquellas otras conductas donde paradigmáticamente se expresan valoraciones normativas distintas –como ciertos comportamientos sexuales o el uso de determinadas sustancias estupefacientes que encuentran tolerancia o aceptación al interior de la respectiva comunidad indígena, pero que son penalmente relevantes fuera de ella– se observa más claramente gracias a los comentarios que una versión resumida que este trabajo recibió en el Seminario Latinoamericano sobre Teoría Política y Constitucional, SELA 2012 (México, DF) por parte del Profesor Owen Fiss de la Universidad de Yale, a quien agradezco esa observación y el interés con que recibió este trabajo. Reconociendo la diferencia, en este lugar intento explicar la vinculación que, sin embargo, el caso de la recuperación violenta de tierras tiene con la perspectiva del multiculturalismo liberal y con la cuestión del pluralismo jurídico como mirada necesaria para su justo tratamiento a nivel del sistema penal.

la territorial y la ambiental⁹⁶. Mientras la dimensión ambiental vincula la recuperación de las tierras ancestrales con el objetivo de conservarlas y recuperarlas del daño provocado por un uso no sustentable, sobre todo por empresas extractivas, la dimensión territorial, en palabras de Bengoa:

“(...) consiste en comprender la tierra como un recurso material, cultural y soporte político a la existencia de un pueblo. A esto se le denomina territorio. Ya no es sólo el valor productivo de la tierra, sino principalmente se toma en cuenta su valor simbólico, ser el espacio de reproducción de la pertenencia social o directamente como señalan algunos, de la ‘Nación’ (...)”⁹⁷.

Más allá de su significación estrictamente propietaria, las demandas territoriales formuladas por los pueblos indígenas tienen claramente una dimensión de reivindicación política de autonomía, incluso de soberanía compartida que bien puede entenderse, desde la perspectiva de la estructura del estado al interior del cual se formula, con una demanda federalista. De hecho, muchos casos, viejos (Bélgica) y nuevos (Bosnia-Herzegovina) de arreglos políticos de tipo federalista tienen su origen en demandas de autonomía territorial formuladas por minorías étnicas⁹⁸. Desde esa perspectiva, hacer frente a la demanda indígena por restitución de tierras ancestrales mediante el reconocimiento de títulos de propiedad pero negando toda forma de soberanía o autonomía política, resulta una inconsistencia –advierte Patton– que sólo puede superarse reconociendo, a nivel constitucional, alguna forma de soberanía como lo hiciera en Canadá la Canadian Royal Commission into Aboriginal Peoples al proponer la soberanía compartida sugiriendo que los habitantes indígenas de Canadá fueran vistos “como socios en la soberanía de la nación, al mismo nivel que los gobiernos federal y provinciales (...)” y que “pudieran ser considerados un tercer nivel de gobierno soberano”⁹⁹.

Con todo, la dimensión política de las demandas de recuperación territorial –aunque trasciende la cuestión del pluralismo jurídico para entrar en el campo de la autonomía política, la soberanía compartida y el federalismo– no está del todo desconectada de la identificación y afirmación del derecho y cultura propios. En América Latina, la preservación de una relación colectiva con las tierras ancestrales parece estar íntimamente ligada a la subsistencia

96 JOSÉ BENGUA, LA EMERGENCIA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA, (2° ed. actualizada, Fondo de Cultura Económica), (2007), (CHI.), pág. 298.

97 Véase id., pág. 299.

98 Marcia Langton & Lisa Palmer, paper, *Negotiating Settlements: Indigenous peoples, settler states and the significance of treaties and agreements: Overview of the Series*, INSTITUTE OF POSTCOLONIAL STUDIES, MELBOURNE, (2002), pág. 6-7, disponible en <http://www.atns.net.au/atns/references/attachments/Langton&PalmerARC1seminar7-3-022.PDF>, Los autores hacen referencia principalmente a la cita de Thomas Fleiner.

99 Paul Patton, *Constitutional Paradoxes: Native Title, Treaties and the Nation*, en: LIMITS & POSSIBILITIES OF A TREATY PROCESS IN AUSTRALIA, AIATSI SEMINAR SERIES, 28 MAY 2001, pág. 8, disponible en <http://www.aiatsis.gov.au/research/docs/pdfs2001/Patton.pdf> Véase, id., pág. 7-9.

de la propia cultura, ya sea por las referencias religiosas y de cosmovisión como por su vinculación con los modos tradicionales de producción y del respeto de ciertas condiciones de sostenibilidad, por ejemplo, de los bosques.

Así, la perspectiva mapuche pone de manifiesto que en las demandas de recuperación territorial hay algo más que una cuestión de mero beneficio económico comercial para determinadas personas o familias, y también algo más que un interés nacional por el control político de un territorio: la posesión y explotación privada de la tierra dentro del derecho propio mapuche permite el ejercicio de actividades cultural y religiosamente significativas, así como la conservación de los recursos para las generaciones futuras¹⁰⁰.

En consecuencia, una visión distinta sobre las facultades que la propiedad privada de las tierras entrega a los particulares, y sobre los límites que impone a su titular en beneficio de intereses superiores de la comunidad y del cosmos, también viene envuelta en algunas de las acciones de recuperación de tierras ancestrales que se presentan ante los tribunales de justicia nacionales en tanto problemas de usurpación violenta de propiedades inmuebles o, incluso, de incendios. Así y aunque una solución justa del conflicto por la recuperación de tierras ancestrales debe pasar por medidas políticas y administrativas más generales de restitución de tierras y de reconocimiento de autonomía política, la perspectiva del multiculturalismo liberal y la demanda por pluralismo jurídico también parece tener algo que decir para demandar un tratamiento más justo y culturalmente sensible de casos puntuales de recuperación violenta de tierras conocidos por los tribunales penales, que han sido cometidos en contextos que los hacen aparecer, para sus protagonistas, como medidas necesarias, en casos extremos, ante el estancamiento de las soluciones administrativas y políticas.

3.6 Recepción reciente de estas premisas en Chile. Resquebrajamiento de las bases de legitimidad del enfoque penal tradicional

En los últimos 10 años, los procesos de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en el campo de los derechos de individuos y pueblos indígenas, han comenzado a tener alguna recepción en Chile impactando en medida creciente pero no sin retrocesos el derecho y la política indígena chilena. Entre los muchos efectos que ello ha producido y que se avecinan, se cuenta el incipiente resquebrajamiento de las bases de legitimidad del enfoque con que tradicionalmente el derecho penal y su práctica han tratado los conflictos delictivos que tienen un trasfondo étnico.

A continuación se reseñan brevemente algunos hitos de la recepción de aquellos desarrollos, para luego examinar, en unas pocas decisiones judiciales más recientes, indicios de lo que podría ser un cambio en la política de la

100 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *supra* nota 13, pág. 1195-1197. Préstese especial atención al análisis del “Caso Klen Klen de Rüpükura”.

jurisprudencia penal, sin perjuicio de señalar los límites de cualquier política jurisprudencial para enfrentar el problema más sensible, el de los intentos de recuperación violenta de tierras ancestrales que requieren, ciertamente, una solución política más general.

3.6.1 *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*

Pese a su limitado impacto práctico en las políticas indígenas de los años inmediatamente siguientes a su publicación, este instrumento constituye un hito en la formulación de un discurso público receptivo frente a las principales críticas multiculturalistas. Es receptivo frente a las críticas dirigidas a las consecuencias que el proceso de construcción nacional impulsado en Chile tuvo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, en las condiciones de subsistencia de los pueblos indígenas y también frente a algunas de las propuestas formuladas desde el multiculturalismo liberal para reconocer y reparar a tales pueblos. Así, por ejemplo, en relación con la recepción de aquella crítica multiculturalista el informe señala:

“Ambos procesos –el de negación de la identidad y existencia de los Pueblos Indígenas a favor de la formación de una identidad nacional única, y el de apropiación de su territorio a favor de la consolidación del territorio nacional– si bien fueron exitosos en su objetivo de servir a la formación del Estado-Nación chileno, tuvieron consecuencias que se arrastran hasta el presente, en algunos casos desastrosas, para los Pueblos Indígenas, como queda abundantemente acreditado en la evidencia que la Comisión ha examinado y que consta en este Informe: reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selk’nam, que fueron objeto de un verdadero genocidio ya que, junto con extinguirse su cultura, también se aniquiló a las personas que los integraban”¹⁰¹.

A su vez, en lo que atañe a las propuestas de política pública formuladas para reconocer, reparar y asegurar la subsistencia material y cultural de los pueblos indígenas, la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato recomendó:

“Perfeccionar la Constitución Política del Estado, introduciendo una regla incorporada en las Bases de la Institucionalidad, que [d]eclare la existencia de los Pueblos Indígenas, que forman parte de la nación chilena, y reconozca que poseen culturas e identidades propias[;] [d]eclare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado chileno extiende su soberanía, a las que están ligadas por una continuidad histórica [y] establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnica cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros; y

101 Véase *id.*, pág. 584.

que en consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas”¹⁰².

En particular, entre los derechos colectivos que la comisión recomienda consagrar constitucionalmente y desarrollar en la ley, destacan:

“(…) la participación de los Pueblos Indígenas en los órganos donde se forma la voluntad general de la nación, a través de la elección de senadores y diputados que representen sus intereses (...) la participación de los indígenas en la integración y gestión de gobierno a nivel comunal y regional”¹⁰³.

En relación con los territorios indígenas, la comisión recomienda:

“(…) reconocer, como lo hace el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13, la importancia especial que para los Pueblos Indígenas, sus culturas y valores espirituales reviste su relación con las tierras o territorios y los aspectos colectivos de dicha relación. Haciéndose cargo que en la cosmovisión indígena el territorio y los recursos que alberga son inescindibles”¹⁰⁴.

Especialmente significativo, en este contexto, es que la comisión entiende que la recuperación del territorio se vincula íntimamente con el disfrute de los demás derechos, dando a las demandas indígenas de restitución de tierras un especial estatus político con consecuencias para la valoración jurídico penal de los conflictos surgidos por intentos de recuperación violenta:

“(…) en opinión de la Comisión, el ejercicio de la mayor parte de los derechos cuyo reconocimiento la Comisión recomienda consagrar a nivel constitucional y del ordenamiento legal [...] está profunda e indisolublemente interrelacionado con el reconocimiento de los territorios indígenas”¹⁰⁵.

Consecuentemente con esos reconocimientos, la Comisión propone:

“(…) el reconocimiento y demarcación de territorios indígenas y del derecho de los pueblos indígenas a participar en la gestión de dichos espacios territoriales (...) protección de tierras pertenecientes actualmente a indígenas (...) demarcación, titulación y protección de aquellas tierras sobre las cuales se demuestre propiedad ancestral indígena (...) [y] establecimiento de mecanismos de reclamación de tierras”¹⁰⁶.

Respecto de estos últimos mecanismos en relación con el alegato que explica la recuperación violenta de tierras en un contexto de insuficiencia de las acciones administrativas de restitución, parece especialmente significativo lo establecido en el informe:

102 Véase *id.*, pág. 588.

103 Véase *id.*, pág. 589-590.

104 Véase *id.*, pág. 592.

105 Véase *id.*, pág. 593.

106 Véase *id.*, pág. 592-594.

“(…) cuando las reclamaciones conciernan a tierras indígenas ancestrales cuya propiedad esté en manos de particulares no indígenas, se recomienda instaurar en el ordenamiento legal procedimientos expeditos y a bajo costo para su reclamación por las personas o comunidades interesadas”¹⁰⁷.

Por otra parte, el mismo informe declara:

“(…) y es la convicción de la Comisión que la existencia de mecanismos eficientes y eficaces para procesar las reclamaciones de tierras, no sólo constituye un derecho de los Pueblos Indígenas, sino también evita que tales reclamaciones se efectúen por vías informales, tales como la fuerza (ocupación de tierras), cuando tales mecanismos no existen, o no son suficientes”¹⁰⁸.

Esto, sin perjuicio de que la misma comisión señale que:

“(…) cuando se diseñen los instrumentos legales pertinentes (…) considerar el otorgamiento de un puntaje adicional a las comunidades que se acojan a este mecanismo de reclamación de tierras, y representen sus demandas de una manera pacífica, cuando corresponda priorizar la asignación de recursos con estos fines”¹⁰⁹.

En relación con el pueblo Mapuche la comisión, también efectúa recomendaciones que dan alguna razón a su perspectiva sobre la justicia —y urgencia— de sus reclamos:

“(…) esclarecer en cada caso el origen del proceso de constitución de la propiedad que hoy obra en manos de propietarios no indígenas al interior de los títulos antes referidos; determinar los casos en que procede que el Estado restituya y/o compense aquellas pérdidas de tierras correspondientes a los títulos mencionados precedentemente. Respecto a los mecanismos de restitución de tierras mapuche que se encuentran en el patrimonio de particulares, la Comisión recomienda que se favorezca la conciliación y promuevan los acuerdos. No habiendo tal acuerdo, la Comisión opina que debe procederse a la expropiación de las tierras correspondientes mediante ley expropiatoria”¹¹⁰.

Como se puede apreciar, el informe constituye una verdadera ruptura con el discurso tradicional en la valoración pública de las políticas de construcción nacional que despojaron al pueblo Mapuche de sus territorios ancestrales, y da bases de legitimidad a sus demandas de restitución.

Sin embargo, el rechazo que encontró el informe, o algunas de sus propuestas, en ciertos sectores de la sociedad chilena puede plantear problemas

107 Véase *id.*, pág. 594.

108 Véase *id.*

109 Véase *id.*

110 José Aylwin, *El Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato y sus desafíos para el Gobierno de Lagos*, disponible en <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.centrofecultura.cl%2FMapuches%28nuevotratotoJoseAlwin%29.doc&ei=ha3bT8uTNY2i8QSp8MyGCw&usq=AFQjCNEtioihIjwfcS79gEjCe8gUVfW4AQ>.

a la pretensión de definir la juridicidad o antijuridicidad de las reclamaciones de tierras y/o de los medios empleados por grupos mapuche, a partir de la reevaluación del contexto histórico y político ofrecida por el documento. Así, por ejemplo, conforme advierte Aylwin, hay que tener presente:

“[las] observaciones hechas al Informe por el propio comisionado Felipe Larraín, quien sostuvo que no compartía muchas de sus propuestas por cuanto estas podían exacerbar las tensiones entre los pueblos indígenas y el resto del país, por cuanto propenden a una visión de separación más que de integración que él propugna”¹¹¹.

En cualquier caso, el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato constituye un hito innegable en el resquebrajamiento del carácter monolítico del relato histórico oficial donde se apoya la imposición de una perspectiva monista jurídica para valorar los conflictos surgidos en el marco de una recuperación violenta de tierras y, más en general, por la contraposición de visiones normativas entre el pueblo Mapuche y la práctica tradicional de la justicia penal chilena.

3.6.2 *Informes de los relatores de Naciones Unidas*

Otro hito lo constituyen dos importantes informes de los relatores especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas. En primer lugar, el informe del relator Stavenhagen, quien llevó a cabo una misión en Chile en 2003, destaca las limitaciones del ordenamiento jurídico nacional en materia de derechos indígenas: “en particular en lo relativo a derechos de protección sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas”¹¹²; mientras que en materia de justicia señala:

“(...) bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas [, y que] no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (“amenaza terrorista”, “asociación delictuosa”) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”¹¹³.

El informe sostiene que “hace falta innovar en la creación de mecanismos de diálogo para la resolución de los conflictos interétnicos con el propósito de lograr el reconocimiento efectivo de los derechos culturales, políticos y territoriales de los pueblos originarios”¹¹⁴.

111 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Opinión de Minoría del Comisionado Felipe Larraín*, *supra* nota 12, pág. 148-150. Véase *id.*, pág. 7.

112 Véase *id.*, pág. 10.

113 Véase *id.*

114 Véase *id.*

A su vez, el informe del relator James Anaya, realizado a partir de su misión a Chile en 2009, refuerza la impresión que los reclamos de restitución de tierras formulados por el pueblo Mapuche todavía siguen insatisfechos contexto que explicaría, en parte, los intentos de recuperación violenta:

“(...) observa la necesidad de resolver los reclamos de tierras pendientes e insta al Gobierno y al Congreso a asegurar que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (...) cuente con suficientes recursos (...) [y a] reformar los procedimientos existentes del Fondo de Tierras y Aguas para adecuarlos a las normas contemporáneas de reconocimiento y restitución de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y recursos de ocupación y uso tradicional o ancestral, especialmente a la luz de la reciente ratificación por parte de Chile del Convenio N° 169 [y] observa que la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o a reparar a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento, como se menciona arriba, podría haber contribuido a un ambiente de enfrentamiento en el que algunos miembros de las comunidades mapuches se habrían sentido sin opciones adecuadas y, por ende, habrían optado por la protesta social que en algunos casos implicaría la comisión de delitos y de actos contrarios al orden público”¹¹⁵.

Anaya advierte sobre las consecuencias de la estigmatización que afecta a los indígenas y la “dinámica general de controversia entre los mapuche y las autoridades estatales” y “manifiesta la necesidad de profundizar en una revisión de la política penal aplicada en los últimos años respecto a comunidades y personas indígenas y sus actos de protesta”, promoviendo “la búsqueda de soluciones que permitan la compatibilidad entre los fines de orden público y el respeto a las normas internacionales”, así como “crear un clima de gobernabilidad democrática”. Por último, tiene presente el compromiso asumido anteriormente por el gobierno de no aplicar la Ley Antiterrorista y reitera la importancia de reformarla para definir más precisamente los delitos que se consideren terrorismo¹¹⁶.

3.6.3 *Ratificación chilena del Convenio 169. Situación del derecho propio y de la justicia propia mapuche*

Su ratificación en 2008 es un hito mayor para el multiculturalismo liberal con importantes repercusiones en materia penal, al relativizar el carácter monolítico de la valoración de los conflictos de relevancia penal donde se asoma una diferencia de normatividades entre los pueblos indígenas y el derecho nacional.

115 La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de Abril de 2009”. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre Derechos Indígenas James Anaya*, A/HRC/12/34/ Add.6, 14 de septiembre 2009, pág. 6-8.

116 Véase *id.*, pág. 9-10.

En lo que respecta a la posibilidad de validar conductas que, pese a estar prohibidas por la ley nacional, tengan conformidad con la costumbre y el derecho propio indígena, la ratificación del Convenio 169 confiere bases más sólidas para la decisión de hacer prevalecer éste último.

En efecto, como se indicó en la primera sección de este trabajo, la consideración de la costumbre o de la cultura indígena, hasta ahora ha servido tan sólo para atenuar la responsabilidad penal del autor, o para eximirlo de dicha responsabilidad, únicamente por razones de inculpabilidad. Este limitado alcance dado a la costumbre jurídica, a decir verdad, no venía obligado ni siquiera en el contexto de la Ley Indígena. La posibilidad de alegar que un imputado indígena ha actuado conforme a su costumbre no alude simplemente su inculpabilidad, sino derechamente a la licitud de la conducta, en determinadas condiciones, para considerar que la normatividad del derecho indígena tiene precedencia. Esto técnicamente no estaba excluido bajo la vigencia de esa ley, que algún espacio ofrece para que la costumbre indígena co-determine el ámbito de lo penalmente lícito o ilícito. Esto, porque el ordenamiento jurídico penal chileno no asocia las eximentes de responsabilidad criminal –a las que se refiere expresamente el artículo 54 de la Ley Indígena– a las exculpantes, sino que con esa expresión (que encabeza el Art. 10 del Código Penal) abarca, conceptualmente al menos, tanto a las exculpantes como a las propias justificantes. Es decir, aquellas causas que previa ponderación de los intereses en conflicto permiten declarar que lo debido, lo jurídicamente correcto, era realizar aquella conducta que, *prima facie*, la ley penal ha tipificado como delito, pero que bajo las circunstancias concretas, es lícita.

Es más, algunas de esas eximentes están formuladas en términos tan generales – por ejemplo, obrar en ejercicio legítimo del derecho, o en cumplimiento de un deber–, que incluso ha llegado a verse en ellas la afirmación de una conformidad a derecho, en términos generales, sin atención a la existencia de un contexto situacional excepcional, al punto de que se llega a confundir con referencias a la atipicidad de la conducta por representar un comportamiento socialmente adecuado o un riesgo permitido¹¹⁷.

Pero lo cierto es que, bajo la sola vigencia de la Ley Indígena esa posibilidad nunca fue reconocida por los tribunales, que parecen haber compartido la visión reduccionista de la costumbre indígena, propia de la perspectiva monista, viendo en ella una normatividad de segundo rango.

La ratificación del Convenio 169 ofrece renovadas posibilidades para superar la perspectiva del monismo jurídico. De hecho, es interesante consignar que, ya en el plano simbólico, desde el propio mundo indígena hace

117 También se admite esta posibilidad en el documento *Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas*, Defensoría Penal Pública de Chile, s/fecha, inédito, al que tuvo acceso el autor gracias a la gentileza de José Manuel Fernández, abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile.

unos años se interpretaba la negativa del Congreso Nacional a ratificar dicho instrumento como una falta de reconocimiento del pluralismo jurídico. En efecto, en el marco de la preparación del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche de 2001 señalaba sobre el estatus del derecho consuetudinario mapuche:

“El Estado de Chile a la fecha se niega a ratificar el Convenio 169 (1989), de la Organización Internacional del Trabajo que recoge el concepto del “derecho consuetudinario” indígena y, reconoce las “costumbres e instituciones propias” de los indígenas (art. 8.2). De tal forma que en Chile el Pueblo Mapuche se encuentran sometidos a la legalidad del Estado; es decir, a que su legitimidad sea evaluada conforme al “otro derecho”, lo que implica una visión etnocéntrica del derecho”¹¹⁸.

Desde esa perspectiva, la posterior ratificación del Convenio 169 puede entenderse como una superación de la visión monista conforme a la cual a la unidad del estado le correspondía la vigencia de un único derecho, por lo menos en lo que se refiere a la preeminencia del derecho nacional legislado sobre cualquier normatividad tradicional indígena. Esa visión quedaría ahora superada, pues ese instrumento internacional reconoce en el derecho consuetudinario indígena un valor independiente de la remisión que la ley haga a la costumbre indígena.

Desde luego, esto no se produce sólo simbólicamente sino también en el plano dogmático jurídico. El Convenio 169 es un tratado internacional que establece derechos humanos, de aquéllos que conforme al artículo 5°, inciso 2° de la constitución chilena, todos los órganos del estado tienen el deber de respetar y promover. Así, bien puede entenderse que el deber de los tribunales es atender al derecho consuetudinario indígena que no sólo rige con independencia de las referencias que la ley común –por ejemplo la Ley Indígena– hace a la costumbre indígena, sino que tiene rango suprallegal¹¹⁹. Por cierto, ello no resuelve directamente el problema surgido por el conflicto entre las normas del derecho consuetudinario indígena y las normas del derecho penal nacional, pues no sólo la consideración de las primeras, sino en ciertos casos también la consideración de las segundas, puede venir impuesta por el deber de proteger los derechos humanos. Pero lo que sí parece claro es que en ese conflicto las primeras normas no tienen un rango de segundo orden subordinado a las leyes nacionales, sino una prima facie superior a ellas, salvo cuando la imposición de una prohibición

118 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *supra* nota 13, pág. 1016.

119 Sobre la consolidación de la tesis del valor suprallegal de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Véase Miriam Lorena Henríquez Viñas, *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis Jurisprudencial desde el Método de Casos*, en: ESTUDIOS CONSTITUCIONALES [ONLINE]. Vol.6, N° 2, (2008), pág. 73-119, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004&lng=es&nrm=iso.

penal sea una condición irrenunciable para la protección de derechos fundamentales o derechos humanos, frente a daños irreparables para terceros y en circunstancias en que la prevención de esos daños tenga precedencia sobre el deber de respetar la cultura y el derecho propio indígena.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de reconocer los sistemas de justicia indígenas el panorama es algo más complejo desde que el Tribunal Constitucional se pronunció expresamente en 2000 contra la compatibilidad entre los tribunales indígenas y el sistema procesal nacional¹²⁰. En todo caso, aun cuando podría discutirse si esa decisión realmente cierra la puerta al reconocimiento de los tribunales indígenas¹²¹, la exigencia establecida por el Convenio 169 de respetar los métodos sancionatorios de los pueblos indígenas si son compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos, indirectamente puede y debe ser cumplido por medio de alguna de las salidas alternativas que contempla el Código Procesal Penal, cuando el hecho investigado ya ha recibido una respuesta que desde el punto de vista de los fines del sistema penal vuelve superflua la imposición de una pena conforme al ordenamiento penal nacional –por ejemplo, si la víctima ha sido reparada– o que, desde el punto de vista de las garantías penales, derechamente la convertiría en excesiva –si el imputado ya ha cumplido una sanción comunitaria con contenido punitivo¹²²–. A su vez, nada se opone a que las salidas alternativas, particularmente la suspensión condicional del procedimiento, sean empleadas no después sino antes que el conflicto sea resuelto a nivel de la comunidad indígena, imponiendo como una condición de la suspensión la satisfacción de las exigencias –compensatorias, en este caso, y no propiamente sancionatorias– formuladas por la instancia competente en dicha comunidad¹²³.

120 La sentencia hace referencia a la facultad privativa de los tribunales de justicia para conocer las causas civiles y criminales, así como a la prohibición de comisiones especiales, la exigencia de un juez natural y del respeto al debido proceso. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 309-2000, 4 de Agosto de 2000, considerando 52 y 53.

121 Sobre este punto, Lillo ha sostenido que paradójicamente, la sentencia del Tribunal Constitucional no cierra la posibilidad constitucional a la existencia de tribunales indígenas, con la siguiente argumentación: “si la objeción que pueda hacerse a estos tribunales es que vulneran el principio del juez natural y la igualdad ante la ley, éstas pueden ser rebatidas, sosteniendo la preexistencia de aquellos tribunales, la delimitación previa de su competencia y una delegación tácita de facultades por parte de los indígenas de las comunidades en que se ejerce jurisdicción”. Véase Rodrigo Lillo, *El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas*, en: DEFENSORÍAS REGIONALES. MINUTA REGIONAL “EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS”, N° 1/2010/ ABRIL, Defensoría Penal Pública de Chile, (2010). Documento inédito al que tuvo acceso el autor gracias a la gentileza de José Manuel Fernández, abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública de Chile.

122 *Id.*, pág. 20.

123 Reconociendo la posibilidad de legitimar la jurisdicción indígena específicamente por medio de la suspensión condicional del procedimiento. Véase *Modelo de Defensa Penal para Imputados Indígenas*, *supra* nota 117.

Una posible objeción en contra del reconocimiento del derecho propio indígena puede formularse a partir del principio de legalidad penal. Esa objeción sólo tiene sentido respecto de eventuales prohibiciones penales del derecho indígena que no estén recogidas en la ley nacional, así como respecto de eventuales penas contempladas por el derecho propio indígena que tampoco estén reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional. Esas prohibiciones penales y penas, de acuerdo con esta objeción, no podrían ser reconocidas en el derecho chileno por infringir el principio de reserva legal en materia penal, tanto por su función de garantía –dar noticia clara y previa a los destinatarios de las prohibiciones y mandatos penales acerca de las conductas cuya realización puede tener consecuencias penales, privativas de derechos y libertades fundamentales, así como de la naturaleza e intensidad de estas consecuencias– cuanto por su función democrática que es asegurar que la definición de cuáles son esas conductas y penas sea adoptada por el órgano representativo por excelencia, el Congreso Nacional.

La objeción, así planteada, no es concluyente. La dimensión de garantía, aunque estrechamente asociada en la tradición chilena al derecho escrito, ciertamente que puede respetarse también en el seno de una comunidad cuya normatividad está basada en la tradición oral si los acuerdos normativos, vínculos de pertenencia y medios de socialización tienen la suficiente densidad como para que todos los miembros de esa comunidad puedan prever que se harán acreedores de ciertas sanciones si incurren en determinadas conductas prohibidas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia¹²⁴ da cuenta de que un abordaje sensible al pluralismo cultural y jurídico, antropológicamente lúcido, puede permitir identificar sanciones previsibles y sanciones no previsibles para los miembros de la comunidad; lo propio podría decirse de la posibilidad de tener noticia previa acerca del carácter prohibido de ciertas conductas. Más bien la cuestión sería si acaso el derecho propio de las comunidades indígenas en Chile tiene esa densidad y si es reconocible por sus miembros como para que materialmente, más allá de la formalidad de la escrituración, la función de garantía del principio de legalidad esté a salvo en la aplicación de una normatividad transmitida por tradición oral.

La cuestión no puede ser abordada en este lugar, pero hay antecedentes de la existencia ya desde antes de la Colonia, de un sistema jurídico Mapuche con relativa consistencia normativa. Como lo reconoce el Informe Final del Grupo de Trabajo Legislación e Institucionalidad, en el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato:

“(…) previo a la llegada de los españoles al interior del pueblo mapuche existía un sistema para resolver conflictos, el que estaba firmemente establecido,

124 Véase Corte Constitucional de Colombia, *supra* notas 90 y 93.

pudiendo diferenciarse en él la forma en que se resolvían los conflictos al interior del grupo, y la forma en que se relacionaban unos grupos con otros”¹²⁵.

El mismo informe recuerda que a principios de siglo XX, citando a Guevara:

“[e]s fácil reconocer en las costumbres de los araucanos una serie de reglas que se refieren a la seguridad común, a la manera de vengar los hechos perjudiciales o de obtener por ellos una reparación, a los pormenores de las uniones sexuales, a la sucesión i distribución de los bienes del jefe i, en suma, a numerosos actos privados del individuo”¹²⁶.

Si acaso esa sigue siendo una descripción válida de la situación actual del derecho propio mapuche, en todo caso es que requiere mayor estudio no sólo para abordar la cuestión que aquí se discute –licitud de prohibiciones penales y sanciones autónomas en el derecho propio indígena–, sino incluso para resolver, a nivel jurisdiccional, si acaso debe tenerse por suficientemente y legítimamente sancionada una conducta a través del castigo impuesto por la respectiva comunidad indígena, con la consecuencia de renunciar a una persecución penal de la misma en el sistema penal nacional por estar en juego el principio *non bis in idem*.

Ahora bien, en lo que respecta a la dimensión democrática del principio de reserva legal, la objeción en contra de las prohibiciones penales y sanciones del derecho propio indígena no tiene asidero desde una perspectiva pluralista, como la del multiculturalismo liberal y en definitiva la del Convenio 169 que reconoce como una legítima expresión de la comunidad política, a la que se debe relativa autonomía, los contenidos normativos que tradicionalmente conforman su derecho, así como las definiciones normativas que sus autoridades formulen en la actualidad, siempre que se respeten los derechos fundamentales de los miembros de la respectiva comunidad, incluidos los derechos políticos de participación en el proceso nomogenético. Así, y si bien es innegable que el reconocimiento de un valor normativo a las prohibiciones y sanciones del derecho propio indígena plantea enormes desafíos de coordinación normativa, vigencia territorial e implementación, éstos no pueden dejar de considerarse en términos más bien formales a partir del principio de reserva legal.

Sin perjuicio de ello, si acaso otras razones materiales aconsejan que la pretensión punitiva pública expresada en la facultad positiva de tipificar conductas se centralice en el derecho nacional legislado, y que al derecho propio indígena se deje sólo la posibilidad negativa de excluir la punibilidad de conductas que son conformes con sus contenidos normativos, así como en su caso, la posibilidad de imponer sanciones alternativas a las del derecho nacional y otros medios de resolución no penales que, en atención al non

125 Véase Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, *supra* nota 12, pág. 170.

126 Véase *id.*, pág. 170.

bis in ídem, excluyan una persecución penal por los tribunales nacionales, es algo que ciertamente puede ser deliberado. Pero las razones materiales para esa delimitación entre el área del derecho penal sujeta a una definición monista y la que está abierta al pluralismo jurídico no podrían reducirse a una mera consideración del principio de legalidad.

3.7 Perspectivas superadoras de los déficits de la dogmática y la práctica penal chilena en la jurisprudencia reciente

A partir de los cambios que ha venido experimentando la forma como se comprenden los conflictos normativos interculturales de relevancia penal en los últimos años en Chile, algunas sentencias penales parecen ofrecer perspectivas superadoras de los déficits señalados en la primera parte de este trabajo, si bien aún no articuladas en una concepción propiamente pluralista.

Así, por ejemplo, en una sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la legitimidad que el uso de las hojas de coca en determinadas festividades religiosas tiene en el seno de la comunidad Aymara a la que pertenecían las imputadas, es tenida seriamente en cuenta por el tribunal para absolverlas por más que la articulación dogmática de las razones para hacerlo aún se efectúa dentro de los límites tradicionales de la exculpación de un comportamiento tenido por ilícito:

“(…) las acusadas, no obstante realizar una conducta reprochable, lo hicieron siguiendo las formas y simbolismos propias de su cultura, lo que significa que ellas, en su conciencia y fuero interno, no tuvieron la intención de traficar las hojas de coca, sino entregárselas a una persona que, como creyente, las iba a utilizar en una festividad religiosa (...) ahora bien, para enfrentar este *sincretismo* evidente que se nos ha presentado en este interesante caso, incluso podemos encontrar algún tipo de validación de esas manifestaciones culturales en las cuales se consume las hojas de coca (...) [L]a Ley 19.253, denominada Ley Indígena, (...) se ha hecho cargo de esa amalgama cultural que se produce con las comunidades indígenas. Desde el momento que el Estado Chileno las reconoce implícitamente lo está haciendo de sus tradiciones (...) La salvaguarda es no atentar en contra de la Constitución y en este caso, y como afirmaremos en el próximo párrafo, en modo alguno aquello ocurre”.

“Ya lo hemos señalado, en la conciencia de las acusadas su conducta no resultaba atentatoria a derecho, ya que es habitual que en su etnia sea corriente que en ese tipo de festividades se consuma y use las hojas de coca, lo que tiene gran importancia para el pueblo aymará tanto para su desarrollo cultural como para su idiosincrasia, máxime cuando aquello le es reconocido legalmente, mediante las normas señaladas. En consecuencia, las acusadas actuaron creyendo equivocadamente que se encontraban amparadas en la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del Código Penal, por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que obsta a la existencia de la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que debe entenderse que su actuación en el hecho del juicio, con ser una

acción típica y antijurídica, no es culpable, toda vez que falta el elemento de la conciencia de la ilicitud de su proceder; lo que en la especie, en relación a lo obrado por las acusadas, no se dio, por lo que al no existir la culpabilidad, componente aquella de ésta, no hay delito”¹²⁷.

Como se ve, los argumentos referidos a la licitud de la conducta en la cultura de las imputadas perfectamente servirían para absolverlas por la eximente de ejercicio legítimo de un derecho si dicha eximente ha de ser interpretada conforme a la costumbre indígena, tal como lo dispone el artículo 54 de la Ley Indígena. El tribunal materialmente parece haber hecho esa consideración, si bien optó por negar formalmente la justificante y reconocer sólo que la creencia constituía un error no reprochable¹²⁸. Con todo, la diferencia entre sus consideraciones materiales y la solución formal al caso salta a la vista. Aunque las imputadas quedan libres de pena a futuro ya no podrán volver a reclamar error de prohibición, lo cual les niega a futuro el derecho de actuar conforme a la propia cultura. Si en cambio, la solución hubiese estado presidida por las consideraciones materiales del tribunal –el uso de hojas de coca en determinados ceremoniales y el “tráfico” con esas hojas para que accedan a ella quienes oficiarán de ministros son una expresión lícita de la religiosidad y cultura Aymara– como lo estuvo en la solución aplicada por los tribunales estadounidenses que han reconocido el derecho de los indígenas Navajo a usar peyote en circunstancias similares, entonces a futuro las imputadas, igualmente libres de pena, podrían ejercer libremente su derecho.

Otras sentencias también consideran seriamente la cultura y la costumbre indígena para evaluar si una conducta típica está justificada bajo las circunstancias del caso o si, al menos, el injusto se ve disminuido por la concurrencia de una atenuante. Y si bien en el caso concreto se rechaza la concurrencia de la justificante, el tribunal adopta esa decisión como una cuestión de hecho (no se probó que la costumbre indígena justificada la conducta, o disminuyera el injusto), y no de derecho (pues conceptualmente admite la posibilidad de la justificación, si la prueba de la costumbre hubiese sido concluyente). Así ocurre en una sentencia del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial que debió pronunciarse sobre si correspondía justificar por la eximente de ejercicio legítimo del derecho o de cumplimiento del deber la conducta violenta constitutiva de los delitos de lesiones menos graves, amenazas y daños en el caso de repeler al dueño del predio quien pretendía impedirles la celebración de una ceremonia de machitún con fines de sanación del Lonco de su comunidad, en circunstancias que como

127 Tribunal Oral en lo Penal de Calama, Sentencia, RIT 66-2007, RUC 0600900213-6, 6 de octubre de 2007.

128 Comentarios críticos, en una línea similar son los de Lillo. Véase Lillo, *supra* nota 121, pág. 18.

capitanes les correspondía realizarla en un lugar que, con independencia de quien ejerciese como propietario, tradicionalmente habría estado destinada a tales fines. La sentencia rechazó la justificación por falta de evidencias contundentes que probaran la licitud de la conducta en el seno del derecho consuetudinario indígena:

“En efecto, si lo pretendido por la defensa fue el sostener que la conducta de los imputados era la manifestación de una costumbre legalmente establecida como derecho y que ésta era legítima, ello no lo logró, desde que no se explicó, a través de la prueba rendida, el por qué el causar lesiones y amenazar formaban parte de un actuar legítimo y no constituía un abuso del derecho que le concedía su función en el machitún. Tampoco se probó el que el cargo ejercido permitiere causar, sin constituir un exceso, lesiones o amenazas a bienes jurídicos de las víctimas que implicaron finalmente un resultado lesivo subsumible en los tipos penales por los cuales se condenó. De esta forma, se da respuesta a la petición de las defensas en cuanto a esta pretensión”¹²⁹.

3.8 El caso de la recuperación violenta de tierras. Posibilidades y límites de la justicia penal

Alguna decisión reciente se muestra más sensible que la jurisprudencia tradicional al contexto político e indirectamente, al histórico y cultural en que tales conductas se producen. Es el caso de una sentencia del Juzgado de Garantía de Osorno que absolvió a los acusados de usurpación violenta sin ignorar que la violencia se dirigía a forzar el inicio de un procedimiento administrativo de restitución, contexto que para el tribunal lejos de agravar la conducta lo priva de su lesividad criminal. Para arribar a esta conclusión, el tribunal determina que desaparece el dolo de usurpación en los mapuches que ocuparon el predio, pues lo habrían hecho no con ánimo de señores y dueños sino teniendo “por finalidad, un curso causal distinto a la sola privación del dueño por el mero uso de la vías de hecho (...) en esencia, el inicio o aceleramiento de gestiones administrativas, tendientes a que se les entregue en dominio o posesión el predio, pero por este mecanismo, determinan que (...) la conducta descrita en la acusación –y su adhesión– resulta atípica al artículo 458 del Código Penal”¹³⁰.

Al resolver de este modo el tribunal advierte que ello no significa validar, para todos los efectos jurídicos, los comportamientos de autotutela o de justicia por mano propia, sino sólo negar la relevancia penal de estas acciones:

“Que, las conclusiones anteriores no significan, en caso alguno, como lo esbozó [la] fiscalía, que el rechazo de la acusación determine una vulneración del estado

129 Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, Sentencia, RIT 567-2007, RUC 0700014427-9, 15 de enero de 2008.

130 Juzgado de Garantía de Osorno, Sentencia, RIT 482-2010, RUC 0901123120-6, 3 de febrero de 2011.

de derecho y una autorización velada de la “justicia por mano propia”. En efecto, lo que resuelve esta sentencia es la absolución de los encausados como autores del delito de usurpación que le fuera imputado; lo que no quiere decir, en caso alguno, que su ingreso no autorizado a una propiedad de la cual, en esta sede, no probaron ser dueños y el uso que hayan hecho de bienes existentes en el interior del predio, pueda perseguirse por medio de las acciones civiles (protectores de la posesión o el dominio), en la sede competente o de las penales que sancionen los deterioros o sustracciones, que pudo experimentar el fundo Lompué. El estado de derecho no se ampara exclusivamente con el ejercicio de las acciones criminales o con el actuar del persecutor penal, sino que con el uso de todas las herramientas que los sistemas sustantivos y adjetivos civil o penal (en su concepción más amplia) confieren a todos quienes han visto vulnerado un derecho”¹³¹.

Aunque fuera del campo de la jurisdicción penal, una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió un recurso de protección interpuesto por un grupo mapuche contra un particular que realizaba una tala de árboles que consideraban sagrados. Con esto se hizo un reconocimiento inédito de la concepción mapuche del territorio, lo que tendencialmente valida la normatividad de este pueblo indígena acerca de las dimensiones religiosas y ambientales asociadas a la tierra y que¹³² se constituyen en límites del ejercicio del derecho de propiedad:

“(…) el recurrido, [debe] cesar en sus actividades de tala ilegal de árboles milenarios que se encuentra en un terreno de 2,5 hectáreas de su predio Hijuela N° 3 de Carimallin, y permitir el libre acceso de los recurrentes a dicho sitio, que es un lugar sagrado para la comunidad Mapuche Williche, del sector Maihue Carimallin, en la época estival y para el solo efecto de realizar rogativas de Lepun y Nguillatun”¹³³.

Más allá de estos importantes desarrollos jurisprudenciales, el problema de la recuperación de tierras a través de actos de violencia, en el contexto de una implementación tardía e insuficiente de las políticas que el propio Estado de Chile, es considerada como una reparación histórica esencial para que el pueblo Mapuche ejerza sus derechos colectivos y desarrolle su cultura y su economía, lo cual da cuenta de las aporías del sistema penal para enfrentar con justicia tal conflicto. Esto porque, por una parte, una consideración sería del contexto histórico, político y cultural mina la legitimidad de la

131 Véase *id.*

132 Véase BENGEOA, *supra* nota 96.

133 La relevancia de esta sentencia es el reconocimiento que hace a la dimensión religiosa y ambiental del concepto de tierra bajo la cosmovisión del pueblo Mapuche. Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia, Rol de Ingreso Corte N° 501-2011, 4 de mayo de 2012, disponible en <http://www.futawillimapu.org/Llitu/Corte-de-Apelaciones-de-Valdivia-acoge-recurso-de-proteccion-en-favor-de-comunidades-Mapuche-Williche-del-Pilmaiken.html>.

intervención penal; pero por otra, las posibilidades de una implementación equitativa y racional de la política de restitución de tierras, a través del procedimiento y del fondo creado por la Ley Indígena incluso en el escenario en que su extensión y velocidad llegue a ser idónea y proporcionada a la magnitud del despojo histórico, en buena medida dependen de que sea el único camino lícito para que el estado cumpla. Ello exigiría, de parte de todos los implicados, ciertamente también del pueblo Mapuche, lealtad frente a los mecanismos legales de recuperación de tierras, así como ante los procedimientos democráticos de manifestación del disenso respecto de la oportunidad y alcance de las políticas públicas de restitución.

Sin embargo, hasta hace muy pocos años, y quizás todavía, la posición históricamente subordinada del pueblo Mapuche frente a la hegemonía huinca en estas materias, pasaba por una la imposibilidad de co-determinar democráticamente tales políticas. En ese contexto, la imposición del derecho penal en contra de las acciones de autotutela bajo la máxima de la lealtad debida por todos hacia los procedimientos democráticos de manifestación del disenso, no logra superar su radical déficit de legitimidad.

Ahora bien, ese déficit de legitimidad de la imposición del derecho penal en estos casos, ¿se puede traducir en la justificación de la conducta, en un procedimiento penal?

La cuestión se relaciona con los límites de la justificante de *ejercicio legítimo de un derecho*. El problema no estaría tanto en la supuesta exigencia de que *el derecho* ejercido esté reconocido expresamente en la ley¹³⁴, pues también se ha admitido que está justificado quien realiza una conducta delictiva (más precisamente, una acción penalmente *típica*) en ejercicio de un derecho deducido de normas consuetudinarias¹³⁵ (y al derecho indígena, a lo menos se le reconoce ese estatus), sino en el entendimiento de que no sería *legítimo* el ejercicio del derecho cuando se traduce en un acto de *justicia por propia mano*¹³⁶, es decir, en un caso de *autotutela*. Y si bien el derecho penal chileno cuenta con *defensas* (eximentes de responsabilidad penal) que justifican acciones de *autotutela* emprendidas en casos extremos, en los que la tutela estatal no está a disposición de quien se ve actual y seriamente amenazado en sus derechos, en principio, esas *defensas* sólo están a disposición de quien comete una acción penalmente *típica* para la *conservación* de un derecho frente a una agresión de un tercero (legítima defensa) o frente un mal emergente (*estado de necesidad justificante*), y no, en cambio, a disposición de quien la comete para obtener la reparación de

134 Si bien, así lo entiende ALFREDO ETCHEBERRY, DERECHO PENAL, 3ª edición, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 244.

135 Así, ENRIQUE CURY, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005 pág. 382.

136 ETCHEBERRY, *supra* nota 134, pág. 245-246.

un menoscabo del propio derecho, que ya se ha producido¹³⁷, como ocurre con los despojos de tierras indígenas.

Pero cuando se trata de juzgar hechos acaecidos en contextos en los que la tutela estatal, por muchos años, se había mostrado inoperante para resolver reclamos de tierras ancestrales, la legitimación del castigo penal de la *autotutela*, materialmente pierde justificación. Además, la distinción entre *conservación* de un derecho (que sí podría realizarse mediante actos de autotutela), y *reparación* de un menoscabo del propio derecho (que no podría), es poco esclarecedora respecto de la complejidad de los vínculos del pueblo Mapuche con sus territorios ancestrales, que abarcan derechos colectivos de carácter cultural y religioso (y no sólo los vinculados a su explotación económica), que en no pocos casos también se pueden entender actualmente perturbados y amenazados, y no simplemente menoscabados en un pasado remoto.

Con todo, la justificación de la ocupación, más o menos coercitiva, de esos territorios, por parte de comunidades mapuche, para preservar sus derechos colectivos, todavía supone que, ponderados los intereses en conflicto, la medida no es desproporcionada, lo que exigirá examinar si las personas que realizaron la ocupación realmente no contaban con medios menos lesivos igualmente eficaces (entre los que no se incluiría la posibilidad de obtener restitución administrativa de los territorios, si ella probadamente ha sido ineficaz), y si, aun siendo así, la forma de realizar la ocupación no imponía costes excesivos a quienes, protegiendo intereses igualmente válidos, se oponían a ella (como ocurriría cuando la ocupación efectiva de un lugar habitado pasa necesariamente por acciones que ponen en peligro la vida o integridad corporal y salud de la personas).

Ahora bien, incluso cuando se trata de juzgar hechos que exceden esos límites (como los incendios de predios que han puesto en peligro bienes personalísimos de terceros), cometidos en un contexto que, aun cuando no justifica (precisamente, por ser excesivos), bien podría llevar a excluir o disminuir severamente la culpabilidad de autores que actuaron motivados por profundas convicciones culturales y políticas, como miembros de un Pueblo que defiende sus derechos ancestrales¹³⁸, las dificultades que la justicia penal en la práctica ha encontrado para juzgar tales hechos haciendo justicia al contexto en que se producen, dan cuenta de una cierta aporía, que sugiere

137 *Id.*, pág. 245-246.

138 Varios de esos hechos constituyen *hechos de conciencia o de delincuencia por convicción*, cuya posible exculpación ha sido planteada desde hace tiempo, en el seno de la propia dogmática penal “de cuño alemán”; Véase Couso, *supra* nota 38, pág. 529 y ss. Véase, *sin embargo*, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *supra* nota 51, pág. 396 y ss., limitando la posibilidad de exculpación a los casos en que no se lesione o ponga en peligro “bienes jurídicos fundamentales”; y CLAUS ROXIN, *supra* nota 46, § 22, nm 115-119, admitiendo la posibilidad de exculpación de hechos de conciencia que atenten en contra de derechos fundamentales de terceros, sólo si éstos han sido afectados de modo periférico.

claramente la necesidad de un abordaje más global del problema, en el plano político y legislativo. En efecto, respecto de la mayor parte de los delitos violentos que llegan a la justicia, y que están marcados por aquel contexto, la única posibilidad de una resolución justa pasa, en mi opinión, por medidas que van más allá de la forma de aplicación judicial del derecho penal.

En palabras de Aylwin:

“Finalmente en materia política, debería anunciarse el compromiso del gobierno de no aplicar a futuro legislación especial (ley antiterrorista y ley de seguridad del estado) para perseguir a indígenas en casos relacionados con sus derechos territoriales, y de desistirse de los requerimientos hechos en contra de indígenas a la fecha por esta legislación; indultar a los condenados indígenas por conflictos relacionados con el reclamo de los mismos derechos ocurridos en los últimos años, en especial aquellos condenados por la legislación especial antes referida; proponer la declaración de una legislación de amnistía para aquellas acciones desarrolladas por indígenas en el marco de dichos conflictos y en defensa de sus derechos; y conformar una instancia de alto nivel, con participación de representantes indígenas electos por sus propios pueblos y de representantes de Estado, con miras a posibilitar el dialogo entre ambas partes para el análisis y definición de la política pública y de las reformas jurídico-políticas y culturales necesarias para asegurar la vigencia de los derechos indígenas, así como en general, para establecer los lineamientos de una nueva relación interétnica en el país”¹³⁹.

Así, la celebración de un acuerdo político sustantivo, que siga a un proceso de deliberación que integre al Pueblo Mapuche, y se traduzca en políticas de restitución, que gocen de amplio acuerdo, parece ser una condición previa para exigir lealtad con los procedimientos y normas democráticamente definidos por dicha política, a través del derecho penal. Y, ante a un acuerdo de esa envergadura, que reconozca las dimensiones políticas del problema de la restitución de tierras y la insuficiencia de la respuesta del Estado chileno frente a los despojos sufridos por el pueblo Mapuche en el pasado, la justicia del castigo penal de los hechos de violencia ocurridos hasta antes de ese reconocimiento, decae severamente (sin perjuicio de que aún quepa sancionar algunos hechos especialmente graves –como los homicidios–, que aún así podrían ser objeto de indultos parciales). La necesidad y justicia de una amplia amnistía, quedaría, entonces, en evidencia.

139 José Aylwin, supra nota 110, pág. 8. También el Relator Stavenhagen llama la atención sobre la necesidad de soluciones de excepción: “bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas [...] [por ello,] propone que el Gobierno de Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de las tierras indígenas”; véase Rodolfo Stavenhagen, *Misión a Chile*, 2003, citado por Aylwin, pág. 10.

II

LA CONSULTA PREVIA

LA CONSULTA PREVIA EN CHILE: DEL DICHO AL HECHO

Cristián Sanhueza Cubillos

Bachiller en ciencias sociales y humanidades, diplomado en pensamiento contemporáneo y egresado de derecho en la Universidad Diego Portales. Ayudante de la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos (AIP) e investigador del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudios.

INTRODUCCIÓN

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹ no sólo es problemático para las democracias liberales, como la chilena, sino también para la misma Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que ha ido elaborando gran parte de lo que hoy entendemos por protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Lo anterior no sería problemático en la medida que los fines de la OIT fueran los pueblos indígenas propiamente tales; sin embargo, se trata de la “institución mundial responsable de la elaboración y supervisión de las Normas Internacionales del Trabajo”².

De manera implícita, el organismo internacional agrega un nuevo actor en su clásica composición tripartita (estados, empleadores y empleados), a saber, los pueblos indígenas. Eso sí, no en su condición de trabajador indígena, sino como integrante de una unidad colectiva, pues las características señaladas en el convenio no se agotan en la categoría del indígena trabajador asalariado, sino del individuo indígena cuya identidad está determinada por el pueblo al que pertenece.

El Convenio 169, de extensa cobertura sobre derechos de pueblos indígenas y tribales, es el principal sustrato normativo en el que se juega parte del debate público sobre las reivindicaciones de estos pueblos en Chile. Su ratificación, ya en el coletazo de los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, fue la culminación de un proceso que se planificó en 1989 a partir de la candidatura presidencial de Patricio Aylwin.

1 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (ILO N° 169), OIT N°169, 72 Official Bull. 59, *entrada en vigor* 5 de septiembre de 1991, en adelante Convenio 169.

2 Véase sitio web de la OIT donde aparece una presentación institucional, véase <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm> (última visita enero 25, 2013).

Conocidos como el Acta de Nueva Imperial³, la serie de acuerdos que fraguaron el ideario político de entonces, no responden a los desafíos que hoy enfrenta la institucionalidad chilena. La concepción pragmática⁴ con que se observó el convenio está lejos de los fines que el sistema internacional de los derechos humanos ha desarrollado.

A diferencia de la lógica en clave de asimilación que caracterizó su antecesor, el Convenio 169 constituye una pieza fundamental en la solución de la exclusión histórica experimentada por los pueblos indígenas, y precisamente, el Estado chileno no se ha caracterizado por reconocer lo que significa y vale la identidad de los pueblos indígenas. Por el contrario, la relación Estado-pueblos indígenas, en particular con el pueblo Mapuche, está cruzada por profundas diferencias que generan caminos inconducentes a un problema de orden político. De allí que la contención, principalmente represiva, no sea la vía para alcanzar los acuerdos que, por ejemplo, reclaman algunos territorios que han padecido la peor cara de la incapacidad de dialogar, como es la Araucanía⁵. Los pésimos resultados de esta política no se conciben con la voluntad que debe primar si se toman en serio las obligaciones del Convenio 169.

A lo anterior se suma la desorientación provocada por el formalismo que caracteriza al sistema jurídico nacional, el recelo implícito al sistema internacional de derechos humanos⁶ y la carencia de una ley que regule la consulta previa —estabilizando, precisamente, el sistema jurídico nacional—, todo lo cual son obstáculos para la efectividad del convenio en Chile.

En este contexto, y siempre que dejemos de lado la recurrente relación de sujeto indígena y hechos de tipo terrorista, el derecho a la consulta previa es la institución jurídica con mayor discusión pública sobre

3 El acuerdo fue suscrito el 1° de diciembre de 1989 por el candidato concertacionista Particio Aylwin y organizaciones Mapuche, Huilliche, Aymara y Rapa Nui. Disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/21-acuerdo-de-nueva-imperial-1989.raw?tmpl=component (última visita enero 25, 2013).

4 Lo pintoresco con que se veía el convenio le permitía sostener al presidente Aylwin que “[un] mayor respeto a los particularismos étnicos o culturales facilitará la libre expresión de estos grupos haciendo inconducentes las alternativas separatistas o disociadoras”, en Mensaje Presidencial, Proyecto de Acuerdo relativo al Convenio 169 sobre pueblos indígenas adoptado por la OIT el 27 de junio de 1989, Boletín 233-10, enero 8, 1991.

5 En los últimos 10 años, más de 15 personas han fallecido en territorios de la Araucanía.

6 Esto resalta en nuestros tribunales superiores. Un ejemplo lo constituye la respuesta de la Corte Suprema ante el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C 239, febrero 24, 2012. El vocero ministro Jaime Rodríguez señaló que “[...] el fallo [de la Corte Suprema] se centró, no tanto en la orientación sexual de la señora Atala, sino que en las posibilidades de riesgo de la situación de las niñas, por el principio de su interés superior (...). [La Corte Interamericana] tuvo otro criterio solamente”. Véase www.poderjudicial.cl: “Corte Suprema se refiere a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 21 de marzo de 2012, disponible en <http://www.legis.cl/BancoConocimiento/2/26032012-02/26032012-02.asp?Miga=1&CodSeccion=25> (última revisión Febrero 28, 2013).

pueblos indígenas. Su vital importancia ha sido entendida por la OIT como la “piedra angular del Convenio”⁷, pues en el pleno ejercicio de este derecho descansan las demás disposiciones⁸. Organismos estatales, pueblos indígenas y mundo empresarial han fijado posiciones frente a sus consecuencias, y prueba de ello son los reiterados conflictos jurídicos que se han ventilado en los tribunales superiores de justicia.

Debido a su importancia, a continuación intentaré detallar cómo es que la implementación de los estándares internacionales del derecho a la consulta previa en Chile no se ha materializado adecuadamente. Para ello abordaré dos puntos de vista: en primer lugar, un aspecto teórico, subdividido en (i) la relación que existe entre autonomía, participación y consulta previa como ejercicio de la libre determinación y (ii) la descripción analítica de los estándares internacionales de la consulta previa; luego, mediante un corte empírico, que implica (iii) un análisis problemático del sistema nacional, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), la práctica del poder ejecutivo, particularmente el Decreto Supremo 124⁹, y la jurisprudencia de los tribunales superiores del país. Por último, expondré algunos desafíos en lo que respecta a la consulta en Chile.

1. AUTONOMÍA Y PARTICIPACIÓN: HABLAMOS DE CONSULTA

A partir de la vigencia nacional del Convenio 169, del 15 de septiembre de 2009, el Estado retomó una agenda internacional de protección y promoción de derechos de los pueblos indígenas. Algo tarde, tras casi 20 años de discusión parlamentaria, el país incorporaba a su ordenamiento jurídico un instrumento internacional de derechos humanos cuya jerarquía normativa es de rango legal¹⁰ y que establece derechos colectivos para los *pueblos*. Junto al convenio, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Originarios de la Organización de Naciones Unidas (ONU), adoptada por Chile en 2007¹¹,

7 Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a Reunión, 2009, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Observación General sobre pueblos indígenas y tribales, Convenio 1989, N° 169, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1A), Informe general y observaciones referidas a ciertos países, pág. 731 (2009).

8 Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2005, Publicación 95.a Reunión 2006, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Guatemala, párr. 6 (2006).

9 Decreto Supremo 124 de 2009 de Mideplan que reglamenta el artículo 34 de la Ley N° 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas, (Chile) en adelante el Decreto 124 o DS 124.

10 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 346, considerando 72, 8 de abril de 2002 (Chile).

11 Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007), en adelante la UNDRIP.

y la Ley Indígena N° 19.253¹² constituyen el marco normativo elemental para referirse a los derechos de los pueblos indígenas en el Estado chileno.

Su cobertura estrictamente legal, eso sí, dista de los avances impulsados por otros países que han reconocido constitucionalmente a los pueblos asentados en territorios nacionales y que, al margen de tratarse a veces de un reconocimiento simbólico, refleja un criterio intercultural en las bases institucionales de una comunidad política, compuesta por ciudadanas y ciudadanos étnicamente diversos, cuyo reconocimiento colectivo se concreta en un Estado que reconoce el carácter multicultural de este país. En un sistema jurídico apegado al formalismo¹³, como el latinoamericano, la palabra que emana de la ley es fundamental para los operadores del derecho, puesto que se trata de una certeza sobre la cual descansa una serie de representaciones sobre lo que debe entenderse por derecho.

Desde una perspectiva sistémica, una que pusiera en relación este marco normativo elemental, se advierte que la institucionalidad chilena diseñada como respuesta a la cuestión indígena no se ajusta a criterios interculturales. El excesivo acoplamiento de las estructuras particulares de los pueblos –y entre estos, las de cada comunidad– a la lógica estatal, o sea a las estructuras que éste exige, colisiona con la idea que sean los propios pueblos indígenas los que definan su institucionalidad. De hecho, la manera en que las comunidades deben organizarse políticamente –los mecanismos de elección interna o los periodos de mandato, entre otros aspectos– están contemplados en la Ley Indígena obstaculizando la participación de los pueblos indígenas en su propio desarrollo¹⁴. No es de extrañar, entonces, que la política indígena chilena todavía no encuentre un cauce coherente con la igualdad de condiciones, y es que, en definitiva, “el Estado ya ha tomado, por los pueblos indígenas, la mayoría de las decisiones centrales sobre cómo van a organizarse y actuar como colectivo”¹⁵. Es decir, la construcción jurídica en torno a la representatividad y participación de los pueblos indígenas ha sido elaborada de arriba hacia abajo, gestando soluciones desde el poder central a los problemas que afectan a las comunidades indígenas, en definitiva, a los pueblos.

12 Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), 28 de septiembre de 1993 (Chile).

13 Carlos Peña González, Característica y desafíos de la enseñanza legal latinoamericana, Conference of International Legal Educators, pág.1-3, disponible en <http://www.aals.org/2000international/> (última visita diciembre 5, 2012).

14 LAURA M. SEELAU Y RYAN SEELAU, TOMANDO EN SERIO LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA EN CHILE: APRENDIZAJES DE LAS EXPERIENCIAS INDÍGENAS EN ESTADOS UNIDOS Y SU POSIBLE APLICABILIDAD EN CHILE, (2010), disponible en <http://www.libredeterminacion.org/investigacion/ProjectISD-Chile01IESP.pdf>

15 Jorge Contesse, Antonia Rivas, Laura Seelau y Ryan Seelau, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS 2011, pág. 205 (2011).

El fenómeno, dado en el distanciamiento entre la cultura jurídica y la cultura ancestral de los pueblos indígenas, bien podría encontrarse en una situación que Gargarella llamaría de “alienación legal”: en pocas palabras, una situación en la que a cierto colectivo vulnerable, el derecho se les presenta como un objeto extraño que atenta contra los intereses fundamentales de las personas¹⁶. Estas situaciones de extrema vulnerabilidad, y que se manifiestan por ejemplo en la pobreza, permitirían ejercer legítimamente el derecho a resistir el derecho que oprime el desarrollo de estos individuos. Así, como lo entendería el autor, una situación en la que “podríamos concluir, el orden legal se muestra ciego ante las privaciones de los marginados, sordo frente a sus reclamaciones, o carece de voluntad para remediar las humillaciones que padecen”¹⁷.

La experiencia de los pueblos indígenas en Chile posee elementos que permitirían pensar en una situación de alienación legal. En primer lugar, históricamente el derecho ha sido una herramienta de sometimiento y contención de los pueblos¹⁸ y, en segundo lugar, la ley no representa en ningún caso las particularidades con que se identifican los indígenas ya que éstos no han participado en su elaboración, de manera que mal podrían encontrar en el derecho nacional una institución representativa.

Una práctica estatal como la anterior, es decir, a espaldas de los pueblos originarios, o bien, en participación con éstos, pero con procedimientos que obstaculizan su propio autogobierno, no es coherente con lo que propone el Convenio 169. La marginalidad estructural de estos pueblos se traduce en su exclusión de la esfera política cuyos “procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas”¹⁹.

En esta línea, la OIT analiza el fenómeno en Estados naciones y concluye que el desarrollo de los pueblos indígenas se ha visto marcado por una constante vulneración de sus derechos humanos²⁰. En este sentido, el Convenio

16 Véase, ROBERTO GARGARELLA, EL DERECHO A RESISTIR EL DERECHO, pág. 20 (2005).

17 *Id.*, pág. 36.

18 En este sentido y respecto de la historia del pueblo Mapuche, Carlos Ruíz señala que “[e]l Estado y los políticos chilenos de las clases dominantes, buscaron su integración a la sociedad chilena por la vía del sometimiento, sin respetar las diferencias de cultura y pensamiento ni el derecho ancestral a su territorio y autodeterminación”, en Carlos Ruíz, Síntesis histórica del pueblo mapuche (Siglos XVI-XX) (citado en Víctor De la Fuente, Historia y luchas del pueblo Mapuche, pág. 64 (2008)).

19 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 15 de julio de 2009, UN Doc. A/HRC/12/34, párr. 42 (2009).

20 OIT, LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA PRÁCTICA: UNA GUÍA SOBRE EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT, pág. 32 (2009): “(...) los pueblos indígenas deben gozar tales derechos fundamentales pero, desafortunadamente, sus historias están a menudo marcadas por genocidios, etnocidio, discriminación, trabajo forzoso, y en muchos casos, todavía se comenten violaciones a los derechos fundamentales”.

169 tiene por objeto reforzar la protección de sus derechos fundamentales, en particular los económicos, sociales y culturales, con énfasis en restituir el devenir histórico, estableciendo derechos que aseguren la participación en las decisiones estatales que los afectan como pueblo.

De manera que cuando hablamos del derecho a la consulta previa, lo que allí está en juego es más que una instancia de participación ajustada a las democracias liberales, mediante un voto igualitario característico de la democracia representativa²¹. Por el contrario, este derecho asume un cambio de paradigma en el ejercicio histórico del poder estatal sobre los pueblos, pues, en opinión de James Anaya, relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU:

“(...) el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas”²².

Luego, la realización de una consulta y la participación adecuada de los pueblos indígenas son condiciones para la autodeterminación de los mismos. En otras palabras, la consulta es un mecanismo especial²³ de participación por el cual se manifiesta la autodeterminación de los pueblos. De tal modo que el derecho, en el caso de los pueblos indígenas, y el deber, en el caso del Estado de realizar la consulta previa emana de la “libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular”²⁴ y aunque el convenio no lo expresa literalmente, sí establece los mecanismos de participación, consulta y autogestión²⁵.

Esta referencia del derecho a la consulta a la libre determinación trajo suspicacia en sectores políticos, en particular en la Coalición por el Cambio²⁶, cuestión que se ventiló al cuestionarse la constitucionalidad de esta norma internacional ante el Tribunal Constitucional²⁷. Y es que para algunos el empoderamiento de los pueblos originarios vendría a socavar

21 HANNA PITKIN, EL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN, pág. 47, (1985): “(...) democracia representativa que trabaja a partir de una definición de autorización, [donde] el criterio fundamental son las elecciones”.

22 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *supra* nota 19, párr. 41.

23 La participación en el Convenio 169 debe entenderse como un régimen especial y no como una participación “en común con los demás ciudadanos” no indígenas. Véase MARÍA GOMIZ Y JUAN SALGADO, CONVENIO 169 DE LA OIT. SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS: SU APLICACIÓN EN EL DERECHO INTERNO ARGENTINO, pág. 119-120 (2010).

24 Consejo de Derechos Humanos ONU, *supra* nota 19, párr. 41.

25 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 26.

26 Coalición que agrupa a los partidos políticos Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional y que respaldó la candidatura presidencial de Sebastián Piñera.

27 Ver *infra* “La consulta en Chile: ¿norma autoejecutable?”.

las bases institucionales del Estado, como sería aceptar que la unidad de la nación ya no es tal, sino que existen otros pueblos en un mismo Estado. Con esta lógica, entonces, el derecho a la consulta previa, y por cierto a la libre determinación, implicaría una lesión al Estado de derecho, por cuanto establecería mecanismos distintos a los contemplados por la constitución para que la soberanía se ejercite, o sea el plebiscito, las elecciones periódicas o el ejercicio de la autoridad²⁸.

Sin entrar en lo que serían los modelos de un Estado plurinacional, con sistemas de autonomías regionales o federalismo atenuado, lo que sí cabe señalar aquí es que, ciertamente, la libre determinación no es necesariamente sinónimo de separación. Lo que se evita con esta argumentación –usual entre los defensores de los Estados nacionales– es, justamente, el meollo del asunto ya que la cuestión de la autodeterminación pasa, entre otras cosas, por la recuperación de los territorios ancestralmente ocupados por los pueblos originarios. A esta conclusión llega la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam que, al interpretar de manera amplia el artículo 21 de la convención en relación con el artículo 1° del PIDCP y PIDESC, plantea:

“(…) al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual que han usado y ocupado tradicionalmente”^{29, 30}.

Ahora bien, más allá de los juicios sobre la libre determinación o autodeterminación, existe un plano dogmático del cual deriva el análisis que nos importa: la vinculación con la consulta previa. Al respecto, la libre determinación es un derecho humano³¹, acaso pilar fundamental del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuya integridad

28 Constitución Política de la República de Chile, artículo 5°.

29 Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), Serie C No. 172, párr. 95 (noviembre 28, 2008).

30 La Corte IDH reconoció por primera vez el derecho a la propiedad colectiva en 2001. Véase Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, Serie C No. 79, párr. 149 (31 de agosto de 2001). A la fecha, ha profundizado la naturaleza colectiva de ésta, entendiéndola como se encuentra prevista en el derecho de propiedad tal cual lo dispone el artículo 21 de la convención. Ver Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C 146, párr. 120, 143 (marzo 29, 2006); Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH. Serie C 214, párr. 87 (agosto 24, 2010).

31 James Anaya, El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, EL DESAFÍO DE LA DECLARACIÓN. HISTORIA Y FUTURO DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, pág. 195 (Claire Charterers y Rodolfo Stavenhagen, eds., 2009).

es condición de posibilidad de la legitimidad del sistema en general. Su titularidad, ha estado monopolizada por los Estados que reclaman para sí la exclusividad de la autodeterminación. Sin embargo, el advenimiento del Convenio 169 pone en tensión esta idea y expande su aplicación a los pueblos indígenas cuando se lee en armonía con la Declaración de los Pueblos Indígenas (UNDRIP), ambas disposiciones complementarias y que se reafirman³².

En este sentido, James Anaya sostiene que “los pueblos [indígenas] tienen el derecho de participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”³³. Este derecho, cuna del desarrollo de los Estados-nación, encontraría expresión en el convenio y correspondería al derecho a la participación³⁴. Es más, la idea de la participación diferenciada de los pueblos indígenas supone que la identidad cultural es un derecho fundamental, de naturaleza colectiva, por tanto debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática³⁵.

Así, en la medida que los pueblos indígenas puedan participar desde el comienzo hasta el fin de proyectos que les afecten podrán ser responsables contribuyendo de mejor manera a su autosuficiencia socioeconómica³⁶. Por ello, el convenio acude de manera expresa a un mecanismo especial de participación, la consulta previa; dimensión que garantiza el derecho a la participación como expresión de la libre determinación y “sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales”³⁷.

De este modo, la consulta previa “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”³⁸. Se trata de un derecho que se manifiesta en un aspecto sustantivo, debido a la vinculación descrita anteriormente, como también en un aspecto procedimental, o sea, una instancia formal que para el Estado significa un deber.

32 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 26.

33 *Id.*, p. 200. Véase también Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, *supra* nota 29, párr. 93.

34 James Anaya, Informe provisional del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 65° período de sesiones, Tema 66 a) del programa provisional, U.N. Doc. A/65/264, párr. 46 (agosto 9, 2010).

35 Véase Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Corte IDH, Serie C No. 245, párr. 217 (junio 27, 2012).

36 OIT, PROYECTO PARA PROMOVER LA POLÍTICA DE LA OIT SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: CONVENIO NÚMERO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES: UN MANUAL, pág. 18 (2003).

37 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *supra* nota 19, párr. 41.

38 *Id.*, párr. 43.

La consulta previa opera como bisagra entre el espacio indígena y el estatal. En otras palabras, la consulta sirve de puente entre los diversos intereses que implica las decisiones de pueblos distintos bajo un mismo marco jurídico. En la práctica, este derecho se traduce en un espacio que se presenta como deber, en el caso del Estado, y como derecho, en el caso de los indígenas. En cierto modo, una institución jurídica inspirada en la tradicional doctrina de pesos y contrapesos en las constituciones modernas. Una institución que le recuerda a las agencias estatales que ciertas decisiones públicas encuentran legitimidad en conjunto con los pueblos originarios, o sea, en consulta a éstos.

Reconducir el debate del derecho sobre la consulta previa a sus raíces no sólo es necesario para comprender un criterio serio respecto del ejercicio de este derecho, también aporta en clarificar lo crucial que resulta para la legitimidad que puede ostentar una medida administrativa o legislativa que afecte directamente a un pueblo indígena. Cuán ajustado esté la manifestación estatal a esta relación –libre determinación, participación y consulta– y cuál será su expresión –es decir, toda política oficial que afecte a los pueblos indígenas³⁹– dependerá de la construcción de un Estado cuya institucionalidad integre las características de los pueblos y, no al revés, como habitualmente ha sido.

Asistir a una idea como tal, que entiende la posibilidad que un Estado responda a una población étnicamente diversa, no por un capricho cultural, supone que en él habita una multiculturalidad que bien vale respetar, puesto que engrandece la existencia de quienes habitan un tiempo y espacio determinado⁴⁰.

2. LO MÍNIMO DE LO POSIBLE: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA CONSULTA PREVIA

La redacción del artículo 6.1.a del Convenio 169, norma que prescribe el derecho a la consulta previa, permite una amplia interpretación puesto que no señala el proceso mismo de la consulta. Si bien establece el derecho a la consulta y la hipótesis en que opera –“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”– no

39 OIT, *supra* nota 36, pág. 15.

40 Hannah Arendt piensa la política como una acción que permite el surgimiento del mundo entre los hombres, lo que supone una pluralidad de personas o pueblos; es decir, una pluralidad de perspectivas. Así, agrega que: “Si es aniquilado un pueblo o un estado o incluso un determinado grupo de gente que ? por el hecho de ocupar una posición cualquiera en el mundo que nadie puede duplicar sin más ? presentan una visión del mismo que sólo ellos pueden hacer realidad, no muere únicamente un pueblo o un estado o mucha gente, sino una parte del mundo, un aspecto de él que habiéndose mostrado antes, ahora no podrá mostrarse de nuevo”. Ver HANNAH ARENDT, *¿QUÉ ES LA POLÍTICA?*, pág. 177, (2005).

menciona qué se entenderá por afectación directa, procedimientos apropiados o instituciones representativas.

Reforzando esta aparente vaguedad, entre los derechos consagrados por el instrumento se encuentra una norma que representa una cierta relatividad, permitiendo interpretaciones que terminan por subestimar el alcance normativo del derecho a la consulta previa. En efecto, el artículo 34 dispone que:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio *deberán determinarse con flexibilidad*, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”⁴¹.

Así, por ejemplo, a propósito de la textura abierta y por la cláusula de flexibilidad con que se interpreta la consulta previa, se ha defendido la vigencia del Decreto 124⁴², ya que una lectura apresurada del artículo 34 indicaría que el convenio no preserva un estado de certeza jurídica y que, por el contrario, sería del todo relativo, razón por la cual la consulta y su regulación podría ser tan elástica como opuestos sean los intereses que el Estado o el pueblo indígena afectado puedan exponer. Sin embargo, se trata de comprender que el deber de consulta nace directamente del convenio y no del reconocimiento en la legislación nacional⁴³. De modo que la ausencia de una regulación nacional sobre la consulta no supone la suspensión de la eficacia normativa de este derecho⁴⁴, ni tampoco queda a la absoluta deriva.

41 Énfasis del autor.

42 Con fecha 4 de noviembre de 2011 y en el marco de audiencia pública en el procedimiento de invalidación del Decreto 124 requerido por la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, de fecha 6 de julio de 2011, los profesores del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile, José Francisco García, Sebastián Zárate, Rodrigo Delaveau y Sebastián Donoso (ex asesor presidencial indígena), presentaron un documento a favor de la constitucionalidad del decreto inconsulto, pues éste sería fruto del imperativo de contar con reglas más precisas que establecieran estándares claros para la implementación del Convenio 169. Sin estar lejos de este criterio, aquello no es sinónimo de que la consulta previa se podrá regular de cualquier manera o disminuyendo los estándares que progresivamente el sistema internacional de derechos humanos ha elaborado.

43 OIT, Consejo de Administración, 282ª reunión, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento de Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Caso Decreto 1320, Cristiania, U'wa GB.282/14/3 en: OIT (2001), pág. 66 (noviembre de 2001).

44 Ver texto que acompaña la nota 42. En opinión de estos profesores “si no se hubiera dictado el DS 124 la obligación de consulta habría quedado ‘congelada’ y sin aplicación a la espera de dicho proceso de consulta, lo que habría contrariado el espíritu del Convenio 169 que es precisamente que se implemente la consulta y no que dicha implementación se suspenda indefinidamente”.

Con todo, el derecho a la consulta previa debe entenderse como un deber de ejecución del Estado, no endosable a la iniciativa de privados⁴⁵; un instrumento que facilita el diálogo, fortaleciendo la cohesión social y cumpliendo un rol decisivo en la prevención y resolución de conflictos⁴⁶. Su objetivo principal es garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los niveles de la toma de decisiones que puedan afectarles⁴⁷; es decir, “siempre que estén en juego sus intereses particulares”, incluso si no guardan relación con el derecho al territorio⁴⁸.

Pues bien, es cierto que no existe un modelo único de consulta previa ya que bastaría pensar que el proceso de la consulta, cualquiera fuera, resulta “específico a cada circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo o comunidad”⁴⁹. Luego, no se trata de un procedimiento diseñado para realizar todo tipo de consultas y menos se trata de una actividad automática, cuyas fases están predeterminadas y divididas en una serie de operaciones en un tiempo ya contemplado. Por el contrario, se trata de un procedimiento que se relaciona con principios generales y flexibles, a diferencia de uno fijo y rígido, cuyo objetivo sirve para dar soporte a las particularidades de cada caso y a las características culturales de cada pueblo⁵⁰.

Esta compleja articulación jurídica, muchas veces enfrascada en determinaciones abstractas, distancia el derecho a la consulta previa de su efectiva ejecución. Los estándares internacionales sobre la consulta previa resultan ser un límite a la dispersión con que se puede interpretar y ejercer el derecho a la consulta. Estas categorías, depuradas por organismos internacionales de derechos humanos a partir de la experiencia, han unificado criterios elementales del ejercicio del derecho, identificando mínimos de existencia de una consulta que permita un legítimo proceso.

45 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 61; Ver también Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), *Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 291 (30 diciembre 2009).

46 OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 76ª reunión, 1989, Resolución sobre la acción de la OIT concerniente a los pueblos indígenas y tribales, Actas Provisionales núm. 25, págs. 36-37 citado en: Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Informe Anual de 2011, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011. ILC.100/III/1ª, pág. 863.

47 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 58.

48 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *supra* nota 19, párr. 44.

49 OIT, *supra* nota 36, pág. 16.

50 LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS: LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL, pág. 77 (César Rodríguez, Meghan Morris dirs., Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, 2010).

Así, por ejemplo, la Corte IDH recapituló algunos de los elementos esenciales de la consulta previa en una sentencia reciente sobre la materia, analizándolos sistemáticamente según el siguiente orden: el carácter previo de la consulta; la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; la consulta adecuada y accesible; el estudio de impacto ambiental, y la consulta informada⁵¹. Por su parte, el relator especial ha entendido que los principios internacionales de la consulta atienden a que ésta: debe realizarse con carácter previo; no agotándose en la mera información; debiendo ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; y debe ser sistemática y transparente⁵².

En definitiva, se trata de pronunciamientos que contienen requisitos en común y que orientan la consulta previa en la práctica, pero no la restringen como absolutos sino como mínimos a exigir, o sea, elementos indispensables para que una consulta se considere genuina. Justamente, a la realización de una consulta mediante procedimientos apropiados e instituciones representativas, tal como describe la norma, deben agregarse los elementos de previa, buena fe e informada⁵³. Es por este conjunto de elementos, dispuestos no en normas sino en la jurisprudencia y en la práctica, que se torna útil mencionar de modo sintético qué se ha entendido por estos requisitos que permiten la existencia de un ejercicio del derecho acorde con los estándares internacionales.

51 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *supra* nota 35, párr. 178.

52 *Compárese*, Consejo Derechos Humanos de la ONU, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Apéndice A. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación a la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, págs. 22-36, U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6 (5 de octubre de 2009).

53 En mi opinión, la redacción del artículo 6.1.a del Convenio 169 señala dos elementos de la consulta: “procedimientos apropiados” e “instituciones representativas” que se encuentran abiertos a la definición de los propios pueblos originarios. En cambio, los elementos de previa, buena fe e informada representan criterios que le corresponden al Estado, ya que se trata de elementos que no indagan en las particularidades culturales de los pueblos indígenas, sino en condiciones estructurales de un proceso. En este sentido, comparto lo señalado por los investigadores colombianos César Rodríguez y Natalia Orduz quienes sostienen que una consulta genuina necesita ciertas “condiciones de posibilidad de la consulta, esto es, principios prácticos que contrarresten los obstáculos centrales para una consulta genuina”. Estas son: (i) la existencia de “mecanismos de contrapeso” para disminuir o eliminar la asimetría estructural de los pueblos frente al Estado; (ii) mecanismos de “circulación de la información”, espacios autónomos de reunión de los pueblos para que puedan difundir, discutir y evaluar libremente los datos que cualquier proceso de consulta levanta; y, (iii) el “uso adecuado del tiempo”, que debe contemplar dos cuestiones principales: el momento oportuno de realización de la consulta –lo que se entiendo por *previa*– y un periodo suficiente de consulta que se ajuste a las particularidades del pueblo. Véase CÉSAR RODRÍGUEZ Y NATALIA ORDUZ, LA CONSULTA PREVIA. DILEMAS Y SOLUCIONES: LECCIONES DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL DECRETO DE REPARACIÓN Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS PARA PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA, págs. 12-15 (2012).

Los *procedimientos apropiados* y las *instituciones representativas* constituyen ámbitos de definición de los pueblos originarios que el Estado está en el deber de respetar⁵⁴, sin imponer estructuras, salvo que éstas hayan sido aceptadas por los pueblos durante la definición de la consulta⁵⁵. Los procedimientos adecuados, por ejemplo, deben integrar la diversidad lingüística de los pueblos⁵⁶, que muchas veces plantea una frontera de entendimiento disminuyendo su participación. En este sentido, se trata de procedimientos de consulta que “se adapte[n] a sus modelos culturales y sociales”⁵⁷ pues de no darse “será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”⁵⁸. Por su parte, la representatividad que deben ostentar las instituciones indígenas constituye un requisito fundamental para la consulta⁵⁹. Sin embargo, así como no existe un modelo único de consulta, tampoco el convenio contempla un modelo de instituciones representativas que sirva para todos los casos. La relación intrínseca que este elemento tiene con la participación política de los pueblos implica confiar en los procesos deliberativos de éstos, de modo que “lo importante es que estas [instituciones representativas] sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”⁶⁰. De lo que se trata es que los pueblos

54 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *supra* nota 35, párr. 201-202; ver también Consejo de Derechos Humanos ONU, *supra* nota 19, párr. 69: “(...) los Estados deben hacer todo lo posible para que los pueblos indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta”.

55 OIT, *supra* nota 36, pág. 19.

56 CIDH, Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *supra* nota 45, párr. 285.

57 Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2003, Publicación 92.a Reunión 2004, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Colombia, párr. 3 (2004), que cita OIT, Consejo de Administración, GB.282/14/3 *supra* nota 43, párr. 79. Ver también: OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 62: “(...) Debe otorgarse tiempo suficiente a los pueblos indígenas para que organicen sus propios procesos de toma de decisiones y participen de manera eficaz en las decisiones tomadas de forma coherente con sus tradiciones culturales y sociales”

58 OIT, Consejo de Administración, GB.282/14/3 (2001), *supra* nota 43, párr. 79.

59 OIT, Consejo de Administración, 282ª reunión, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB.277/18/4:GB.282/14/2 (2001); ver también, Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2009, Publicación 99.a Reunión 2010, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Colombia (2010).

60 OIT, Consejo de Administración, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de

indígenas decidan libremente quiénes son sus representantes sin injerencia de terceros⁶¹. Por esta razón, lo fundamental de la consulta está en respetar los métodos tradicionales de los pueblos en la toma de decisiones⁶².

Una consulta también debe cumplir con el requisito fundamental de la *buena fe*⁶³, pues según un Comité Tripartito de la OIT “es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”⁶⁴. El desafío de obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas sobre la medida propuesta, según sea el caso, supone condiciones que permitan un verdadero diálogo y negociación entre el Estado y los pueblos⁶⁵. Lo anterior depende en gran parte de la disposición de los funcionarios del Estado que realizan la consulta⁶⁶, de modo que no exista algún “tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia”⁶⁷.

A su vez, el carácter *previo* de la consulta, en opinión de la Comisión de Expertos de la OIT, dice relación con su eficacia⁶⁸. Tal como lo ha declarado la Corte IDH, cuanto antes de la medida a adoptar se realice la consulta, mayor será el tiempo durante el cual la comunidad podrá discutir internamente brindando, así, una respuesta adecuada al Estado⁶⁹. Luego,

la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), (GB.283/17/1):(GB.289/17/3), párr. 102 (2004).

61 Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2009, Publicación 99ª Reunión 2010, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Argentina (2010).

62 Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, *supra* nota 29, párr. 134.

63 *Id.*, párr. 133.

64 OIT, Consejo de Administración, Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad, párr. 53 (FTCC)?GB.294/17/1:GB.299/6/1 (2007).

65 Ver Consejo de Derechos Humanos de la ONU, UN Doc. A/HRC/12/34, *supra* nota 19, párrs. 49-50; ver también Consejo Derechos Humanos de la ONU, U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6 *supra* nota 52, párr. 25. Además ver CIDH, Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *supra* nota 45, párr. 285.

66 MARÍA GOMIZ Y JUAN SALGADO, *supra* nota 23, pág. 123.

67 CIDH, Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, *supra* nota 45, párr. 318.

68 Véase por ejemplo, Conferencia Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación sobre Argentina (2010), *supra* nota 61; Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2008, Publicación 98ª Reunión 2009, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Guatemala (2009).

69 Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, *supra* nota 29, párr. 133 – 134. La corte agrega que la consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan, “(...) no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso”.

el carácter previo de la consulta asume la idea de participación efectiva en el desarrollo de la medida que se prevé lo afectará directamente. Lo previo, entonces, está relacionado con el tipo y complejidad de la materia a consultar, pudiendo alegarse que la buena fe que se exige es vulnerada por el Estado al no prever el tiempo necesario. De allí que, por ejemplo, cuando se trata de medidas legislativas, los pueblos deberían participar “en todas las fases del proceso de producción normativa”⁷⁰, y no como lo contempla el caso chileno, antes de la dictación de la medida, fórmula que no garantiza una oportuna realización.

Por último, la consulta debe ser lo suficientemente *informada*. Esto no significa que el Estado cumple al realizar una reunión de mera información al pueblo consultado⁷¹, ni tampoco se trata de instancias de “talleres de socialización”⁷², así como los contemplados en la participación ciudadana de la institucionalidad ambiental chilena⁷³, sino del ofrecimiento de información que permita asegurar el mayor conocimiento posible acerca de los alcances de la medida consultada, lo que permite, en definitiva, una comunicación constante entre las partes⁷⁴. Se trata de información adecuada, aquella que asuma la asimetría histórica que viven los pueblos indígenas respecto del Estado y del sector privado⁷⁵ y que intente transferir las herramientas necesarias para abordar la medida consultada. Resulta importante este requisito, pues hay que medir con distinto criterio el tipo de medida a consultar, cuestión que determina el tipo de información que se otorga; por ejemplo, para alguien con conocimientos en derecho será más fácil comprender los alcances de una medida legislativa que para cualquier persona que no está vinculada con esta disciplina.

Puestas así las cosas, la consulta previa reviste una densidad bastante sofisticada, compuesta por una serie de principios que plantea todo un desafío para su práctica. El ejercicio continuo de los derechos del Convenio 169 supone una dinámica constante de diálogo entre el Estado y los pueblos originarios,

70 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *supra* nota 35, párr. 181.

71 Véase por ejemplo, OIT, Consejo de Administración, GB.277/18/4:GB.282/14/2, *supra* nota 59 párr. 38; OIT, Consejo de Administración, GB.282/14/3 (2001), párr. 90.

Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por parte de Colombia del Convenio 169, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.282/14/3 (1999).

72 CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Perú 2010.

73 Ley N° 19.300, artículos 26 a 31 quarter (Chile).

74 Cfr. Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, *supra* nota 29, párr. 133-134.

75 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, UN Doc. A/HRC/12/34, *supra* nota 19, párr. 50. El relator especial, James Anaya, refleja este punto al señalar que: “(...) dadas las realidades históricas sumamente antiguas y complejas (...) pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas”.

en el cual se deberán ajustar los órganos y los mecanismos destinados para ese fin⁷⁶. Allí la razón que instituciones rígidas presentan un obstáculo para la consulta, puesto que este derecho descansa en una construcción y articulación dinámica de los principios anteriormente mencionados.

3. LA CONSULTA EN CHILE ¿NORMA AUTOEJECUTABLE?

Es clara la obligación del Estado de realizar procesos de consulta cada vez que se prevea que una medida será susceptible de afectar intereses particulares de los pueblos originarios⁷⁷. Esta imperiosa necesidad de dar operatividad a la consulta, y por tanto al convenio, deviene en el deber de ajustar los estándares internacionales a las particularidades locales de cada pueblo indígena, debiendo consultar a los afectados⁷⁸. Dicha transición de ajuste es lo que el relator especial de la ONU ha conceptualizado como “la consulta sobre la consulta”⁷⁹; n otras palabras, el hecho que el ajuste sea un proceso con participación indígena y en consulta a éstos, excluye la posibilidad que desde el Estado se imponga un mecanismo en particular.

En Chile este proceso está marcado por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional el cual resolvió que el derecho a la consulta previa es una norma autoejecutable, es decir, que goza de plena eficacia jurídica. Sin embargo, la superficial regulación de la consulta a través del inconsulto Decreto 124 y la manera en que es acogido este derecho en los tribunales superiores de justicia, distan de los alcances que la jurisprudencia internacional y los organismos internacionales han desarrollado al respecto.

A continuación, se analizarán los hitos más importantes de la consulta previa en Chile; sintetizando los pronunciamientos del TC, el tratamiento de la consulta por la administración y la jurisprudencia nacional, con el objeto de contrastar la distancia con que se ha abordado este derecho.

76 Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2006, Publicación 96ª Reunión 2007, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Guatemala, párr. 10 (2007).

77 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *supra* nota 35, párr. 165.

78 Por ejemplo, en una observación individual sobre Perú, la Comisión de Expertos de la OIT señaló con aprobación que la Ley del Derecho a la Consulta Previa aprobado por el Congreso de la República era “(...) el resultado de las negociaciones llevadas a cabo entre el Poder Ejecutivo y las organizaciones amazónicas en el marco de la mesa de diálogo (...) que tenía como objeto consensuar una ley de consulta”. Conferencia Internacional del Trabajo, Adopción 2010, Publicación 100ª Reunión 2011, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Convenio 1989, N° 169, Observación sobre Perú (2011).

79 Consejo Derechos Humanos de la ONU, U.N. Doc. A/HRC/12/34/Add.6 *supra* nota 52, párr. 11.

3.1. El Tribunal Constitucional

Con el paso del tiempo, el TC ha jugado un rol fundamental en los límites de la democracia chilena. La rigidez que caracteriza a la constitución, manifiesta en los quórum de reforma constitucional, clausura el debate político de ante mano por lo que muchas veces éste decanta en la judicialización de los temas. De esta forma, si la anticoncepción de emergencia atenta o no contra la vida termina discutiéndose frente a una instancia que decide cuestiones jurídicas y no frente a los canales formales previstos para la deliberación democrática, principalmente el parlamento.

La vía judicial ante el TC se ha utilizado como una alternativa estratégica para interpelar a la Constitución de la República sea para progresar en la protección de los derechos, como también para anular las posibilidades de aquellos preceptos legales que tensionan el espíritu de la obra del constituyente autoritario. Este fue el caso de ciertos preceptos del Convenio 169 susceptibles de ser declarado inconstitucionales.

En lo particular, el TC se ha pronunciado sobre el Convenio 169 en tres oportunidades. La primera, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto en contra del Convenio 169 por diputadas y diputados de la Alianza, en agosto de 2000; una segunda vez, en abril de 2008, oportunidad en que se efectuó el control constitucional previsto en la constitución; y en tercera ocasión, esta vez utilizando el convenio como parámetro de control de constitucionalidad, el requerimiento de inconstitucionalidad de la Ley de Pesca, en enero del año 2013.

En las sentencias de 2000 y 2008, la interpretación del derecho a la consulta previa esbozó problemas que, en lo estructural, el TC terminó por absolver con un razonamiento jurídico en torno a dos premisas fundamentales: (i) que el derecho a la consulta y el derecho a la participación, artículos 6° y 7° del convenio, son normas autoejecutables⁸⁰; y, (ii) que la consulta previa no es vinculante para la autoridad y, por tanto, no transgrede el principio de participación con igualdad que consagra el artículo 1° del código político⁸¹.

Estas ideas principales resultan importantes para comprender el tratamiento jurídico que los órganos estatales, así como la jurisprudencia nacional, han aplicado a tres años de vigencia del Convenio 169 en Chile. La secuencia lógica de estos argumentos podría resumirse en la opinión del TC al respecto: el derecho a la consulta y el derecho a la participación son normas autoejecutables ya que tratan materias previstas por el ordenamiento jurídico nacional. En otras palabras, no son derechos nuevos sino instituciones

80 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 309-2000, 4 de agosto de 2000, considerando 7 (Chile).

81 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1050-08, 3 de abril de 2008, considerando 15 (Chile).

contempladas con anterioridad a la vigencia del convenio, como por ejemplo la participación ciudadana en la institucionalidad ambiental.

La paradoja implícita se refiere a cómo sostener que una norma internacional, cuyo contenido es autónomo al sistema doméstico, puede ser considerada autoejecutable; es decir, normas con el contenido y precisión necesaria para aplicarse sin otro trámite como fuente formal del derecho⁸² puesto que los procedimientos de consulta ya se encuentran incorporados en la legislación interna⁸³. El mismo TC asume las singularidades que posee el derecho a la consulta previa respecto a otros derechos contemplados en el ordenamiento jurídico⁸⁴. Sin embargo, no se trata del ejercicio de una potestad pública propia de los pueblos originarios⁸⁵, sino de una participación en el marco del artículo 1° de la Constitución de la República que garantiza la participación con igualdad de oportunidades⁸⁶.

Bajo esta lógica, el TC reforzó su pronunciamiento anterior, y en la sentencia Rol 1050-2008 señaló que las normas sometidas al control de constitucionalidad, los artículos 6.1.a, 6.2 y 7.1 del Convenio 169 tratan sobre materias reservadas a leyes orgánicas constitucionales ya que prescriben mecanismos de participación de los pueblos originarios, ámbito regulado por la leyes vigentes y la propia constitución⁸⁷.

Que en sus alcances la consulta esté prevista en el sistema doméstico emana de la idea que la consulta no es vinculante para el Estado, por tanto no afecta la distribución de potestades públicas que la constitución contempla⁸⁸, toda vez que, como lo ha reiterado el TC, las instancias de participación ciudadana vinculantes son sólo aquellas previstas en la constitución, a saber, las elecciones periódicas y los plebiscitos⁸⁹.

El razonamiento expuesto por el TC puso en contexto los alcances de la consulta previa en nuestro país, restringiendo su ejercicio a los mecanismos ya contemplados en la legislación interna y determinando así su vinculación en el sistema doméstico. La idea de autoejecutabilidad y el carácter no vinculante de la consulta han servido tanto para tutelar este derecho en tribunales, así como para justificar prácticas estatales que en verdad no cumplen con los estándares de la consulta, como por ejemplo sostener que la participación ciudadana de la institucionalidad ambiental también cumple lo exigido por el derecho a la consulta previa.

82 Tribunal Constitucional, *supra* nota 81, considerando 48.

83 *Id.*, considerando 70. El Tribunal Constitucional pone como ejemplo los artículos 26° al 31° de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, al igual que los artículos 10°, 11° y 34° de la Ley 19.253, Ley Indígena.

84 Ver Tribunal Constitucional, *supra* nota 81, considerandos 6 y 7.

85 *Id.* considerando 46.

86 *Id.*, considerando 72.

87 Tribunal Constitucional, *supra* nota 82, considerando 12 (Chile).

88 *Id.*, considerando 14.

89 *Id.*, considerando 13.

3.1.1 *La consulta previa y la Ley de Pesca*⁹⁰

Por tercera vez el TC se pronunció a propósito del Convenio 169 de la OIT, el pasado 23 de enero de 2013, y lo hizo respecto al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por congresistas de oposición en contra del proyecto que modifica la Ley General de Pesca, roles 2387 y 2388, acumulados. Según ellos, el proyecto infringía la Constitución de la República en tres aspectos: el primero dice relación con la vulneración de algunas garantías constitucionales (artículos 19 N° 2, N° 21 y N° 24); enseguida, el incumplimiento del deber de consulta dispuesto en el Convenio 169; y, por último, una trasgresión a los artículos 6 y 7 de la carta fundamental.

Ya la tramitación de esta normativa generó gran debate y, como normalmente ocurre, ese debate político se trasladó a la vista de una magistratura constitucional. Si bien el TC se hizo cargo de los argumentos sostenidos por las partes, la sentencia trata de dos temas fundamentales: la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos (cuestión asentada en la jurisprudencia del tribunal) y la situación normativa (validez y eficacia) del Convenio 169, en particular, del derecho/deber a la consulta. Es precisamente este último punto al que me referiré, pues se trata de un debate jurídico-político que, recién al cumplirse cuatro años de vigencia de este instrumento internacional, representantes del congreso y del ejecutivo comienzan a visualizar.

La argumentación principal de los requirentes fue que el proyecto de ley era inconstitucional porque no había realizado la consulta previa, según lo contempla el artículo 6 del convenio. En efecto, tratándose de una medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ésta debió operar durante el trámite legislativo. Ante esto, el presidente sostuvo que el deber de consulta es una cuestión de mera legalidad –asumiendo la jerarquía de los tratados– y que esta no afectaba a los pueblos indígenas ya que es una ley de alcance particular, pues éstos ya cuentan con una normativa especial sobre estos derechos: la conocida Ley Lafkenche. Por cierto, ambos argumentos fueron recogidos por el TC; sin embargo, lo interesante es el sentido programático que evidenció el tribunal a partir de su deber estatal de promover la integración armónica de todos los sectores de la nación⁹¹.

El TC apunta de manera correcta al considerar que, si bien el derecho a la consulta previa no necesita regulación, por más que existan delimitaciones propuestas por la OIT⁹² la práctica de este derecho presenta la necesidad de legislar sobre éste. Así, la magistratura señala que es “el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias

90 Esta sección fue escrita en conjunto con Francisco Cañas Sepúlveda.

91 Tribunal Constitucional, roles 2387-2013 y 2388-13, acumulados, sentencia de 23 de enero de 2013, considerando 18 (Chile).

92 *Id.*, considerando 19.

con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento”⁹³.

Con esto el tribunal devuelve la discusión al congreso, endosándole la responsabilidad de legislar sobre la consulta previa, por más que este derecho se haya considerado autoejecutable, es decir, una norma con el contenido y precisión necesaria para aplicarse sin otro trámite como fuente formal⁹⁴.

Esta opinión técnica, muchas veces lejana a la participación política del pueblo, fue advertida por la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales. Entre otros argumentos, se sostuvo que el DS incurría en vicios de forma que vulneran el artículo 7 inciso 1° de la constitución, toda vez que el ejecutivo reglamentaba vía decreto una materia propia de ley, cual sería un procedimiento, tal como lo prescribe el artículo 63 N°18 de la carta fundamental. Esto también encontraría fundamento constitucional en el artículo 19 N° 3, inciso 6° al consagrar que corresponde al “legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento”. Además, esto estaría en coherencia con el sistema internacional de derechos humanos pues, como lo ha señalado la Corte IDH, de restringirse el goce o ejercicio de uno de los derechos dispuestos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), esta debe ser mediante ley emanada del “Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”⁹⁵.

De este modo, es la práctica de la consulta previa la que genera los conflictos jurídicos que hoy importan. Por un lado, la regulación de la consulta previa, así como la realización de procesos de consulta y, por otro, la jurisprudencia nacional que, a tres años de la vigencia del convenio es numerosa, constituyen dos focos de estudio que dan cuenta de cómo los órganos estatales están cumpliendo, o no, con su deber de consulta. Ambos campos se analizarán a continuación.

3.2. Los gobiernos y el derecho a la consulta

Durante los gobiernos de la Concertación⁹⁶ y el que va de la Coalición, la relación con los pueblos indígenas se encuentra atravesada por diferencias estructurales. Si bien se han producido esfuerzos para revertir la condición

93 *Id.*, considerando 23.

94 Tribunal Constitucional, *supra* nota 80, considerando 48.

95 La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, Corte IDH, Serie A No. 6, pág. 35 (Mayo 9, 1986).

96 Concertación de Partidos por la Democracia, coalición fundada en 1989 y que obtuvo cuatro periodos presidenciales consecutivos: Patricio Aylwin, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Ricardo Lagos y Michelle Bachelet. La integran el Partido Socialista, el Partido por la Democracia, el Partido Radical Social Demócrata y la Democracia Cristiana.

en la que viven muchos de los indígenas en el país, lo cierto es que siguen siendo los más pobres de los pobres dentro de la población nacional. Lo anterior, ha devenido en políticas con enfoque asistencialistas y en la mantención de un clientelismo, realidad asimétrica que está lejos de una política de reconocimiento.

En este contexto, el derecho a la consulta previa no escapa a esta dinámica en la que convergen factores como la desconfianza de los pueblos indígenas hacia el Estado y la construcción del arquetipo indígena que la población chilena les otorga. De modo que la regulación de este derecho, así como su práctica, expone la reproducción de estas diferencias que se representan en la manera en que la consulta se aborda por los gobiernos y los pueblos indígenas.

En lo que va de vigencia del Convenio 169, la consulta previa está grabada desde un inicio cuando la Presidenta Michelle Bachelet restó alcance a este derecho al dictar un decreto inconsulto y contrario a los estándares internacionales, el DS 124. Como se sabe, días después de ratificado el convenio, el otrora Ministerio de Planificación Social dictó una medida administrativa que afectaba directamente a los pueblos indígenas sin consulta previa. Una clara vulneración al núcleo de este derecho que evidencia cómo la autoridad no ha sido capaz de observar cada una de las consecuencias que comprometen al Estado chileno en sus obligaciones internacionales.

Esta cuestión se intentó revertir mediante la petición que hicieran los dirigentes aymara y mapuche, Cecilia Flores y Marcial Colín, para invalidar el decreto mediante la representación del equipo jurídico de la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales. En aquella oportunidad, los dirigentes expusieron que el Decreto 124 incurría en vicios formales y materiales que vulneraban los artículos 5, inciso 2° y 7° de la Constitución de la República, razón por la cual debía acogerse la solicitud. En efecto, se constató que el decreto –en tanto que acto administrativo– no cuenta con expediente administrativo que recoja las actuaciones que finalizaron en su dictación, obligación dispuesta en el artículo 18 de la Ley N° 19.880⁹⁷.

Además de lo inconsulto del decreto, también se advirtió cómo algunos artículos no se ajustan a estándares internacionales, lo que termina por restringir el alcance normativo de la consulta. Así, por ejemplo, la oportunidad para realizar la consulta, los plazos contemplados para este proceso, la exclusión del deber de consulta a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley –siendo que la obligación del Estado es consultar toda política oficial que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas o someter el concepto de afectación siempre y cuando la medida diga relación con tierras indígenas

97 Véase Consejo para la Transparencia, Resolución de Amparo C977-2010. considerando cuarto (abril 19, 2011) (Chile).

o áreas de desarrollo indígena— debilitan el ejercicio de este derecho en la práctica y, de paso, vulneran el Estado de derecho⁹⁸.

El carácter transitorio con que se concibe el Decreto 124 es acaso el argumento que los gobiernos de Bachelet y Piñera sostienen con mayor frecuencia para justificar que sea un decreto inconulto, al punto que, mediante Resolución Exenta N° 289, el Ministro de Planificación Social Joaquín Lavín denegó su invalidación⁹⁹. Al parecer, la necesidad que esta obligación no se congelara motivó impulsivamente el ánimo de regular la consulta al costo que fuera. Sin embargo, lo que olvidó la autoridad de turno es que la misma OIT ha señalado que toda acción conducente a dar eficacia y operatividad al Convenio 169 “debería emprenderse con la participación de los pueblos indígenas”¹⁰⁰. En consecuencia, no es extraño que los pueblos indígenas ofrezcan una oposición tan férrea al decreto.

Con todo, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ha administrado un continuo repudio al no acceder a la derogación exigida por diversas instituciones indígenas. La práctica sustentada en la negación ha permitido mantener su vigencia aunque asienta que se trata de un decreto que no satisface el derecho. A poco más de un año de la administración Piñera, el entonces Ministro de Planificación Social, Felipe Kast, anunció una “gran consulta”¹⁰¹ nacional, un proceso en que “no hemos querido dejar ningún tema afuera” agregaba¹⁰². En seis meses, el gobierno pretendía consultar por: (i) un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas; (ii) una nueva institucionalidad indígena que contemplaba la creación de una Agencia de Desarrollo Indígena y un Consejo de los Pueblos Indígenas; y (iii) la regulación del proceso de consulta respecto a dos materias: la reglamentación de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 y el procedimiento de consulta como parte del reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

98 Ver Centro de Derechos Humanos UDP, Centro de DDHH solicita invalidación de Decreto Supremo N° 124 de Mideplan, 15 de julio de 2011. En particular, revisar el escrito disponible.

99 Ministerio de Planificación Social, Resolución Exenta N° 0289, 6 de marzo de 2012.

100 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, *supra* note 20, pág. 29.

101 Radio Cooperativa, *Mideplan anunció en La Araucanía consulta nacional indígena*, 8 de marzo de 2011, disponible en http://contacto-latino.com/view/?u=http%3A%2F%2Fnews.google.com%2Fnews%2Furl%3Fsa%3Dt%26fd%3DR%26usg%3DAFQjCNEIVcT40cvCo0vvnPupgCz5Gu6hr%26url%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.cooperativa.cl%2Fmideplan-anuncio-en-la-araucania-consulta-nacional-indigena%2Fprontus_notas%2F2011-03-08%2F172843.html.

102 Gobierno de Chile, *Ministro Kast realiza anuncios sobre política indígena en la Región de la Araucanía*, 8 de marzo de 2011, disponible en <http://www.gob.cl/informa/2011/03/08/ministro-kast-realiza-anuncios-sobre-politica-indigena-en-la-region-de-la-araucania.htm>.

Como era de esperar, el proceso no estuvo ajeno al debate, levantándose críticas tanto en el Senado de la República¹⁰³ como en la Cámara de Diputados¹⁰⁴ por considerar que la iniciativa no se ajustaba al Convenio 169, de modo que durante septiembre de 2011 su sucesor, Joaquín Lavín, señalaba que había “escuchado diferentes opiniones de los dirigentes de los pueblos originarios a lo largo del país, y haciendo eco a estos comentarios, hemos decidido realizar estos cambios y una evaluación de esta primera etapa, de manera que nos permita definir cómo continuar con la consulta de manera consensuada con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas”¹⁰⁵.

No fue sino hasta el 8 de agosto de 2012 que el gobierno retomó la agenda pero sólo para reglamentar el proceso mismo. Así, y teniendo a la OIT como anfitriona, el ministro Lavín propuso un nuevo mecanismo para reemplazar el cuestionado Decreto 124¹⁰⁶, reproduciendo en parte algunos artículos del mismo, tales como la exclusión de municipalidades del deber de consulta así como los proyectos ingresados al SEIA, que constituyen el foco principal de judicialización del derecho a consulta previa. Igualmente, presenta confusiones en conceptos tan elementales como el derecho a participación y consulta previa generando limitaciones significativas. Al respecto, el relator especial de la ONU observó “que el derecho de participación de los pueblos indígenas no se limita a los mecanismos establecidos en el reglamento en relación los planes de desarrollo”¹⁰⁷.

El proceso de consulta de este reglamento, cuyas etapas estaban previstas para cinco meses, aun no finaliza a la fecha de publicación del presente

103 Senado de la República, Proyecto de acuerdo de los Honorables Senadores señores Navarro, Girardi, Gómez, Lagos y Quintana, sobre consultas indígenas en el marco del Convenio N° 169 de la OIT, Boletín S 1.378-12, 2 de agosto de 2011.

104 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Cámara de Diputados, Oficio 300-43-2011, dirigido a S.E. el Presidente de la República, de 16 de junio de 2011. En aquella sesión asistieron los diputados Sergio Aguiló, Nino Baltolu, Germán Becker, Fidel Espinoza, Hugo Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Tucapel Jiménez, Cristián Letelier, Sergio Ojeda, Joel Rosales y Ximena Vidal.

105 Ministerio de Desarrollo Social, *Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de la Institucionalidad Indígena*, 1 de septiembre de 2011, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/09/06/ministro-lavin-anuncio-cambios-en-la-consulta-de-institucionalidad--indigena>.

106 Gobierno de Chile, *Gobierno da a conocer propuesta del nuevo mecanismo de Consulta para Pueblos Originarios*, 9 de agosto de 2012, disponible en <http://www.gob.cl/informa/2012/08/09/gobierno-da-a-conocer-propuesta-del-nuevo-mecanismo-de-consulta-para-pueblos-originarios.htm>.

107 Comentarios del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación al documento “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, pág. 30, noviembre de 2012, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/docs/special/2012-11-29-unsr-comentarios-a-propuesta-reglamento-consulta-chile.pdf>.

artículo. No habiendo acuerdo sobre esta propuesta, lo que sí representa una diferencia son las oportunidades que el gobierno ha ofrecido para que las organizaciones indígenas se aglutinen y coordinen a nivel nacional en torno a este proceso, lo cual efectivamente ha ocurrido. Se trata de una comisión ampliada de consulta, liderada por el Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que ha iniciado un proceso controlado por los mismos dirigentes indígenas a nivel nacional. En este marco, han sido diversos los talleres realizados destinados para discutir la propuesta¹⁰⁸, así como una convocaron abierta a un encuentro nacional que contó con la participación de más de 250 delegados indígenas de los diversos territorios del país quienes habían trabajado previamente. De éste, realizado en Santiago el 30 de noviembre, el 1 y 2 de diciembre de 2012, se conformó una coordinación nacional que durante dos meses ha participado en la elaboración de una propuesta propia¹⁰⁹.

De todas formas, el objeto concreto de toda discusión es la necesidad de una normativa que fije las pautas mínimas de los procesos de consulta. La inestable eficiencia con la que se ha llevado este tema, sea por la vigencia del Decreto 124 y los hechos del gobierno que exponen su desuso –por no decir olvido–, no es muy alejado sostener que esta incertidumbre estanca-da no ha permitido avanzar en el reconocimiento formal de este derecho, cuestión que se advierte en los distintos fallos de la Corte Suprema que aún no fija una doctrina que permita decantar una ajustada lectura del derecho a la consulta previa.

3.3. La Corte Suprema: un paso para adelante, dos para atrás

Al carecer de una normativa clara para el cumplimiento de la consulta previa, el ejecutivo depura su actuar mediante ensayo y error. A propósito de las medidas administrativas que este poder decreta, la judicialización del derecho a la consulta previa ha generado una serie de fallos de la Corte Suprema que permiten observar cómo el poder estatal decanta, en la práctica, los estándares de este derecho.

108 Ver por ejemplo, *emol.cl*, *Dirigentes indígenas se reunieron para tratar normativa de consulta y participación: cerca de 160 representantes de pueblos originarios realizaron una cita en Arica y Temuco para discutir la propuesta del Gobierno sobre la reglamentación del Convenio 169 de la OIT*, 11 de octubre de 2012, disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/10/11/564300/dirigentes-indigenas-trabajaron-en-nueva-normativa-de-consulta-y-participacion.html>.

109 Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, *Dirigentes indígenas de todo el país se reunieron en Temuco para definir la nueva normativa de consulta que fortalecerá relación del gobierno con los pueblos indígenas*, 14 de enero de 2013, disponible en <http://www.conadi.gob.cl/index.php/noticias-conadi/908-dirigentes-indigenas-de-todo-el-pais-se-reunieron-en-temuco-para-definir-la-nueva-normativa-de-consulta-que-fortalecera-relacion-del-gobierno-con-los-pueblos-indigenas>.

Si bien la Corte Suprema ha utilizado el Convenio 169 para argumentar a favor del derecho ancestral de la comunidad indígena Aymara de Chusmiza-Usmagama sobre aguas en la comuna de Huara¹¹⁰, tanto para contextualizar la aplicación de este instrumento en materia penal¹¹¹, lo cierto es que la institucionalidad ambiental ha sido el foco de mayor conflicto que ha debido resolver esta corte; principalmente, la aprobación de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) sin consulta previa resulta en el hecho de controversia por antonomasia. Ahora bien, antes de analizar la jurisprudencia surge una cuestión que cabe explicar, a saber cómo la Corte Suprema ha tutelado un derecho como la consulta previa en materia ambiental, a propósito de la garantía 8ª del artículo 19 de la Constitución de la República, y en consecuencia de la 2ª del mismo, cuando se sabe que la acción de protección procede respecto de un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. En otras palabras, cómo es que la Corte Suprema se inmiscuye en procedimientos de competencia del Ejecutivo, cuestión que se encuentra dentro del ámbito de deferencia que deben practicar los poderes del Estado entre sí.

A partir del caso Campiche, en que la corte elaboró el estándar de “trascendencia” de la RCA¹¹², la acción de protección ha sido el mecanismo procesal para impugnar las medidas administrativas que no se ajustan a las exigencias de la ley. Tal como lo ha señalado Luis Cordero, la corte “ha actuado como un verdadero contencioso de nulidad en un procedimiento administrativo complejo como es el SEIA”¹¹³, procedimiento en que convergen distintos órganos administrativos para la aprobación o rechazo de un proyecto de inversión con afectación ambiental. El trabajo jurídico¹¹⁴ que han realizado los jueces, por tanto, se materializa en un juicio sobre el deber legal que recae en los órganos de la administración y, en el fondo, si éstos ejercieron sus competencias en actos cuya discrecionalidad ya está tazada por el legislador.

110 Corte Suprema, Pueblo Chusmiza, Sentencia Rol 2.840-2008, 25 de noviembre de 2009 (Chile).

111 Corte Suprema, Esteban Krause Salazar contra José Patricio Maripil Porteño y Otros, Sentencia Rol 2683-2010, 19 de abril de 2010 (Chile).

112 Corte Suprema, Ricardo Gonzalo Correa Dubri contra Comisión Regional del Medio Ambiental de Valparaíso, Sentencia Rol 1.219-2009, 22 de junio de 2009, considerando 3 (Chile).

113 Luis Cordero, *Corte Suprema y medio ambiente: ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2012, pág. 364 (Javier Couso, ed., 2012).

114 He seguido el análisis de Duncan Kennedy que entiende el trabajo de los jueces como una práctica en la que, consciente o inconscientemente, se cuele una ideología. Ver Duncan Kennedy, *Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen*, en IZQUIERDA Y DERECHO, ENSAYOS DE TEORÍA JURIDICAL CRÍTICA, (2010).

En este sentido, en materia ambiental la corte no ha desarrollado una jurisprudencia “verde”, sino reparos a procedimientos que no guardan estricto cumplimiento de la ley, como la aprobación de una RCA cuyo proyecto debió ser ingresado como Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y no como Declaración de Impacto Ambiental (DIA), de modo que privar a las personas afectadas de los mecanismos de participación que ofrece un EIA –privado, además, por un actuar estatal que no consideró los efectos ambientales involucrados– es un agravio contra garantías constitucionales. Esto es importante, toda vez que la RCA, decretada por Resolución Exenta de toma de razón por la Contraloría General de la República, es el acto administrativo que puede concretar una afectación particular no sólo a los pueblos originarios, sino a cualquier ciudadano y ciudadana. El punto, de hecho, fue recogido por la Corte Suprema en el caso El Morro que confirma la sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Arica, al señalar que la resolución es “la única que materializa o concreta los distintos actos administrativos”¹¹⁵ que surgen en un procedimiento de evaluación ambiental. Luego, desde el momento que se toma conocimiento de esta Resolución Exenta, formalmente a partir de su notificación, es que se establece un plazo de 30 días para interponer la acción de protección de derechos constitucionales.

Pues bien, volviendo al tema que interesa, mencioné que las prácticas de los órganos de la administración han visto en la jurisprudencia los alcances del derecho a la consulta previa, dando cabida a una serie de fallos que reflejan lo que no se hizo, pero que debió hacerse. Dada la preponderancia del Ejecutivo en la dictación de medidas administrativas, señalé que en su mayoría esta jurisprudencia se remite a procedimientos de evaluación ambiental, cuyo acto arbitrario y/o ilegal resulta ser una RCA sin consulta previa. Lo que queda por decir es cómo esta jurisprudencia ha devenido en el tiempo, transitando de una interpretación que subsume la consulta previa al procedimiento de participación ciudadana del SEIA, a una actual interpretación que exige una participación ciudadana bajo los estándares del Convenio 169. De todos modos, debo hacer una prevención antes de presentar cuáles han sido estos fallos judiciales. No se trata de una jurisprudencia sistemática y de estricto orden lógico que permita analizar una secuencia progresiva de tutela; como advertiré, esta jurisprudencia presenta cuestiones erráticas y aspectos pendientes por superar. Sobre esto nos ocuparemos en adelante.

A modo de premisa fundamental diremos que las RCA han sido declaradas ilegales, toda vez que su aprobación fue respecto a proyectos que, iniciados como DIA, debieron ser mediante SEIA. Lo anterior, lleva a sintetizar que

115 Corte Apelaciones de Antofagasta, Caso Comunidad Agrícola los Huasco altinos con Comisión de Evaluación III Región de Atacama, Sentencia Rol 618-2011, 17 de febrero de 2012, considerando 5 (Chile).

reiteradas veces la Corte Suprema sostuvo que la manera en que se expresa la afectación que exige la consulta previa está contemplada en la legislación ambiental, específicamente en algunos de los efectos, características o circunstancias que genera el proyecto según el artículo 11 de la Ley N° 19.300¹¹⁶. Luego, comprobándose que la autoridad ambiental debió observar algunos de los efectos previstos en este artículo –por ejemplo, un proyecto emplazado en territorio indígena, hipótesis contemplada en el artículo 11, letra e– el procedimiento de evaluación ambiental debió contar con participación ciudadana. De este modo, lo ilegal de la aprobación de una RCA es omitir información que acredite uno de los efectos contemplados en el mencionado artículo, supuesto que inevitablemente conlleva a ingresar el proyecto vía SEIA, cuyo proceso de participación ciudadana, además, debe ajustarse a los estándares del Convenio 169.

¿Cómo la corte llegó a esta interpretación más acorde con el sistema internacional de derechos humanos? En un principio, inclinó su interpretación hacia la restricción de la consulta previa a la participación ciudadana. El razonamiento jurídico, muy influido por la interpretación del TC¹¹⁷, determinaba una asimilación normativa entre los conceptos de *afectación y efectos*, así como entre *consulta previa y participación ciudadana*.

Por ejemplo, en el caso Palguín, el pronunciamiento de la corte que revocó la sentencia apelada, sostuvo que en el evento de existir la afectación que supone la consulta previa, ello hubiese significado de manera indefectible los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Esta cuestión, señaló, torna “indispensable un Estudio de Impacto Ambiental”, lo que supone otorgar instancias plenas de participación a la comunidad¹¹⁸. A similar fundamento llegó en el caso Ducto-Celco, al considerar que el

116 Artículo 11: Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

117 *Ver supra* nota 83.

118 Corte Suprema, Mariano Puelman Ñanco y otro contra Comisión Regional del Medio Ambiente de la Araucanía, Sentencia Rol 1525-2010, 16 de mayo de 2010, considerando 12 (Chile).

procedimiento de participación ciudadana es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta previa, “cuyo texto y principios que lo informan [al deber de consulta] resultan compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”¹¹⁹. Misma intención tuvo en el caso Catanave¹²⁰, la cual confirmó la sentencia apelada, al acoger la argumentación en que derivó la Corte de Apelaciones de Arica, que sostuvo que la participación de las comunidades indígenas en el marco de procedimiento de participación ciudadana, en relación con lo dispuesto por el Convenio 169, “se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental”¹²¹.

En estos casos el esfuerzo hermenéutico de la Corte Suprema, propio de la praxis argumentativa que implica el ejercicio del derecho, ciertamente encapsuló el derecho a la consulta previa a los alcances de la participación ciudadana. Sin atender las particularidades que de este primer derecho hemos mencionado¹²², el argumento que el sistema interno refleja –incluso en lo que podríamos llamar la voluntad del legislador– los principios formativos del derecho a la consulta previa encontró fundamento en las sentencias del TC. El carácter autoejecutable de este derecho era una convicción de la corte, y su vinculación con la Ley N° 19.300, el mejor encaje técnico para rechazar las acciones de protección en contra de una RCA calificada favorablemente, aun sin consulta previa.

En mi opinión, esta interpretación presenta reparos en dos cuestiones elementales. En primer lugar, no es posible homologar normas jurídicas por el mero hecho que ambas se refieran a un lugar común, como es el derecho a la participación vinculado con la consulta previa y también con la participación ciudadana. Los procesos legislativos de ambos derechos están lejos de compartir voluntades políticas, por más que ambos se hayan aprobado por las mismas coaliciones con casi 15 años de diferencia.

En segundo lugar, la participación ciudadana tiene una dimensión formal que organiza los procesos administrativos y una invisible a la luz de la ley, más visible en la práctica. Por un lado, se sabe que los procesos de participación ciudadana son un derecho que legitima a cualquier persona interesada en realizar observaciones al proyecto ingresado al SEIA, ante el órgano competente y en un plazo no superior a 70 días contados desde la publicación del extracto del proyecto en el Diario Oficial. Por otro, a propósito de este período de participación, así como por solicitudes de la

119 Corte Suprema, Javier Nahuelpan y otros contra COREMA Región de los Ríos, Sentencia Rol 4078-2010, 14 de octubre de 2010, considerando 11 (Chile).

120 Corte Suprema, Municipalidad de Putre con COREMA, Sentencia Rol 2262-2011, 16 de junio de 2011 (Chile).

121 Corte de Apelaciones de Arica, I. Municipalidad de Putre contra COREMA, Sentencia Rol 9-2011, de 4 de marzo de 2011, considerando 14 (Chile).

122 Ver secciones 1 y 2.

autoridad ambiental, los titulares suelen desplegar una socialización del proyecto según el alcance que éste tenga en el territorio, generando procesos de intercambio de información entre comunidades y agentes privados, éstos últimos focalizados en el éxito del proyecto.

En efecto, la jurisprudencia recién mencionada consideraba que la socialización cumplía con los estándares de la consulta previa. Así, sea porque se cumplieron talleres de información ambiental¹²³ o porque hubo instancias en que se escucharon a los recurrentes¹²⁴, lo que satisface la consulta previa. Lo peligroso de esta argumentación es depositar en un privado el cumplimiento de una obligación propia de los Estados. Según la OIT, la obligación de garantizar las consultas recae en los gobiernos¹²⁵, cuestión que refuerza la CIDH al entender que es una responsabilidad estatal y no de otras partes, como empresas privadas que buscan obtener la autorización correspondiente para el proyecto de inversión¹²⁶. Sumado a lo anterior, el relator especial de la ONU ha señalado que esta obligación debe realizarse “incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas”¹²⁷.

Esta postura encontró oposición en parte de la jurisprudencia que señala derechamente que la socialización en ningún caso constituye la consulta previa, al modo de del artículo 6.1.a del Convenio 169. En su oportunidad, el Ministro de la Corte Suprema Haroldo Brito redactó un voto en contra en el fallo Catanave, considerando que al no realizarse la consulta previa, la autoridad administrativa incurría en una arbitrariedad que lesiona la igualdad ante la ley. El punto de apoyo de su argumentación estuvo en que el despliegue de información de un proyecto a comunidades indígenas afectadas no constituye un acto de consulta previa pues “cuando sólo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”¹²⁸.

Con esta distinción analítica entre la socialización y la consulta previa, principalmente porque de la una no se desprende el cumplimiento de la otra, se abrió paso a una serie de fallos que replicaron el argumento. Así fue el caso Consejo de Pueblos Atacameños en que se recurrió en contra de la

123 Corte Suprema, Rol 1525-2010, *supra* nota 118, considerando 9.

124 Corte Suprema, Rol 4078-2010, *supra* nota 119, considerando 13.

125 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, *supra* nota 20, pág. 61.

126 CIDH, *Derechos de Los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *supra* nota 45 párr. 291.

127 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, UN Doc. A/HRC/12/34, *supra* nota 19, párr. 54.

128 Corte Suprema, Sentencia Rol 4078-2010, *supra* nota 119, voto en contra del Ministro Sr. Brito, considerando 3.

resolución exenta que calificó favorablemente el proyecto de “Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama”, el cual se tramitó como DIA y no EIA. En este caso la corte fue clara al sostener que “desplegar información no constituye un acto de consulta, pues éstos [los pueblos], en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir”¹²⁹. Igualmente, sostuvo en el caso Parque Eólico, cuyo DIA da cuenta de 18 sitios arqueológicos en el área de influencia directa del proyecto, que las reuniones voluntarias de acercamiento e información con la Comunidad Indígena Antu Lafquen “distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta previa”, de modo que la omisión de la consulta es reprochable, toda vez que “desplegar información no constituye un acto de consulta”, ya que en dicho escenario “no tienen posibilidades reales de influir en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”¹³⁰.

Lo mismo concluyó en el caso Paguanta, a propósito del proyecto Sondajes de Prospección Paguanta emplazado en un Área de Desarrollo Indígena (ADI) “Jiwsa Orage”, cercano a la Comunidad Indígena Aimara de Cultane, aspectos que constantemente destacó la CONADI durante la tramitación, y que de todos modos la autoridad administrativa no consideró, razón por la cual declaró favorable la DIA, cuando en realidad debió ser un EIA al concurrir los supuestos del artículo 11 letra d) de la Ley 19.300. Efectivamente, la Corte Suprema consideró que el actuar del Servicio de Evaluación Ambiental de Tarapacá incumplió la obligación de fundamentación de los actos administrativos, ya que la RCA impugnada no es fruto de un proceso de consulta¹³¹. Lo anterior, pues las “instancias de participación que aduce haber utilizado el encargado del proyecto (...) y que corresponden al contacto directo que se ha realizado con las comunidades con el objeto de socializar el proyecto, a través de reuniones y asambleas, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha”¹³².

Por supuesto que una interpretación como ésta guarda mayor relación con el Convenio 169 que aquélla que insiste en homologar la consulta previa con las instancias de participación ciudadana. La fundamentación sustantiva que radica en la consulta previa, y que se expresa en la serie de principios

129 Corte Suprema, Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Antofagasta, Sentencia Rol 258-2011, 13 de julio de 2011, considerando 8 (Chile).

130 Corte Suprema, Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región de los Lagos, Sentencia Rol 10.090-2011, 22 de marzo de 2012, considerando 8 (Chile) (Énfasis del autor).

131 Corte Suprema, Marcelo Condore Vilca Consejero Territorial Alto Tarapacá y otros contra Directora Servicio de Evaluación Ambiental Primera Región de Tarapacá, Sentencia Rol 11.040-2011, 30 de marzo de 2012, considerando 10 (Chile).

132 *Id.*, considerando 9.

ya enunciados, terminó por encausar los pronunciamientos del máximo tribunal que operan a modo de transición entre un extremo y otro de la jurisprudencia, o sea, entre la que sostiene que la participación ciudadana es igual a la consulta previa, a la que sostiene que las instituciones enunciadas son distintas. Esta cuestión ha ganado espacio en la jurisprudencia y el razonamiento ha devenido en que la participación ciudadana, en caso de ser necesaria, debe realizarse bajo los estándares de la consulta. En efecto, en los últimos tres casos analizados la corte dispuso que al declararse ilegal los proyectos aprobados por DIA, el ingreso de éstos al procedimiento de evaluación ambiental debiese ser por EIA, cuya participación ciudadana debería ajustarse a los estándares del Convenio 169¹³³. Sin embargo, esta idea no emergió a partir de estos fallos, sino del caso Puñique a principios de 2011 donde la COREMA de la Región de los Ríos calificó favorablemente una DIA del proyecto Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli que, a juicio de la corte, constituía un proyecto riesgoso para la salud, hipótesis contemplada en el artículo 11 letra a) de la Ley N° 19.300. Así, bajo el mismo supuesto de ilegalidad, el tribunal supremo sentenció que “la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 al 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y Tribales”¹³⁴.

En principio, resulta próspera una jurisprudencia que incluya los estándares de la consulta previa como variable a considerar en los procesos de participación ciudadana. La respuesta espontánea nos lleva a confiar que, a partir de ésta, los órganos administrativos ajustarán su conducta según señala el convenio. Sin embargo, ¿qué hacer cuando la participación ciudadana es un proceso reglado en la Ley N° 19.300 que distribuye competencias a los órganos y que opera de modo general hacia la ciudadanía? En otros términos, ¿qué espacio hay para los estándares internacionales de la consulta previa, cuando el proceso en el que se pretenden ejercer ya están determinado las formas de participación, los plazos de éste y los supuestos en que se realiza (EIA de modo obligatorio y facultativo en caso de la DIA)?

El problema principal que emerge de esta lectura del Convenio 169 es que la consulta previa sigue sujeta a los supuestos que exige la institucionalidad ambiental. En la medida que sea necesaria la participación ciudadana, será necesaria que concurren los estándares de la consulta. Es decir, la consulta no logra independencia a la luz de esta jurisprudencia, toda vez que no se

133 Ver Corte Suprema, Sentencia Rol 4078-2010, *supra* nota 119, considerando décimo; Corte Suprema, Sentencia Rol 258-2011 *supra* nota 129, considerandos noveno y décimo; Corte Suprema, Sentencia Rol 10.090-2011, *supra* nota 130, considerando undécimo (Chile).

134 Corte Suprema, Faumelisa Manquepillan C. C/ Com. Medio Ambiente, Sentencia Rol 6062-2010, 4 de enero de 2011, considerando tercero (Chile).

contempla que la *afectación* de la que nos habla el Convenio 169 es distinta de los efectos que considera la ley ambiental. Asimismo, considerando que los supuestos de la consulta previa son una medida, administrativa o legislativa, que afecte a las comunidades ¿cómo se puede predeterminar la afectación cuando sólo será percibida por la población no indígena en la medida que los pueblos originarios den cuenta de ella? Esto último, a mi parecer, permite sostener que el deber estatal supone realizar la consulta previa cuando se prevé una afectación futura, algo así como actuar de oficio. Desatar la consulta previa de los supuestos de la institucionalidad ambiental dotándola de un ejercicio autónomo pasaría por que los tribunales superiores la exigieran aun cuando no proceda la participación ciudadana; es decir, señalando que es un deber de la autoridad ambiental respecto de cualquier RCA declarada favorablemente.

3.3.1. *Caso Línea de Transmisión Melipeuco-Freire: el otro lado de la moneda*

Al margen del estudio anterior, que representa un ejercicio de sistematización de la jurisprudencia nacional, quisiera detenerme en el fallo más reciente al que he podido acceder: el caso Línea de Transmisión Melipeuco-Freire, pues, como se advertirá, presenta una cara distinta a lo que ha sido la justiciabilidad del derecho a la consulta previa en Chile.

El recurso interpuesto por seis comunidades indígenas de la comuna de Freire, Región de La Araucanía, tenía por objeto impugnar la Resolución Exenta N° 127, de fecha 4 de octubre de 2011, que calificó favorablemente el proyecto Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire, por cuanto no cumplió con la normativa constitucional, legal y reglamentaria, vulnerando las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2, 6 y 8 del artículo 19 de la constitución¹³⁵. El proyecto contempla una línea de transmisión eléctrica construida con postes de hormigón con una longitud de 98.9 km., de los cuales, 54 corresponden al territorio utilizado por una línea ferroviaria en desuso perteneciente a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, y cuyo diseño atravesaría 11 comunidades indígenas, colindando con otras 21.

Siendo un caso en el cual se rechazó el recurso de protección interpuesto por las comunidades indígenas, el fundamento no fue que el convenio no se encontraba vigente al momento del acto administrativo impugnado, como lo fue el caso del Aeropuerto Quepe¹³⁶, ni que la consulta previa se subordinara a la eficacia normativa de la ley ambiental. Lo problemático del fallo es que la corte razona en torno a criterios ya desarrollados por el

135 Corte de Apelaciones de Temuco, Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía, Sentencia Rol 349-2011 (Chile).

136 Corte Suprema, caso Reyes Alcamán y otros con Ministerio de Obras Públicas, Sentencia Rol 1608-2011, 6 de mayo de 2011, considerando cuarto (Chile).

sistema internacional de derechos humanos pero que no se reflejaron en la argumentación judicial. La Tercera Sala del máximo tribunal consideró que el lugar donde se emplaza el proyecto, su proximidad a comunidades indígenas y las razones esgrimidas para justificar la afectación por parte de los recurrentes, no fueron suficientes para acreditar que se vulneraban las garantías constitucionales. Con ello, la corte se inmiscuyó en cuestiones sustantivas de la consulta previa y no solamente en aspectos meramente procedimentales. Sobre esta cuestión me referiré brevemente.

Desde mi interpretación, la Corte Suprema piensa el conflicto de manera prejuiciada por ideas sustancialmente contrarias a los fundamentos del Convenio 169. En primer lugar, resulta problemático cómo esta corte enfrenta decisiones adoptadas por el Estado con anterioridad a la vigencia del convenio y, en particular, la manera en que le endosa legitimidad a medidas con efectos presentes, suspendiendo la eficacia normativa del convenio para las consecuencias que se mantienen en el tiempo. Así, por ejemplo, no logró configurar razones para entender que la envergadura del proyecto podría afectar a las comunidades, “teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado”¹³⁷. En otras palabras, la corte sostiene que no implica una nueva inversión en la zona aun cuando sea para fines distintos a los contemplados inicialmente, como sería pasar de una línea férrea a una línea de transmisión eléctrica, puesto que aquel territorio ya se encuentra intervenido de modo que mal puede implicar una afectación. Pero, de hecho, cómo saber si la medida realizada con anterioridad a la vigencia del Convenio 169 les afecta si nunca fueron consultados, es más ¿cómo saber si este cambio en la medida les afecta si tampoco se les consulta?

La consulta previa, cuyo fundamento está en poner término al modelo histórico de exclusión, según ha señalado el relator especial¹³⁸, es una herramienta jurídica operativa desde septiembre de 2009, de manera que el proceso de revertir las prácticas estatales comienza desde aquel momento. Aquello es lo que asume el mismo convenio y que se expresa en artículos como el 4º, 5º y 35. Sin embargo, de esto no se desprende que lo realizado por los Estados, en nuestro caso los actos anteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169, goza de una exención del deber de consulta incluso cuando esta medida sígue provocando efectos en la población indígena afectada.

Omitir fenómenos como éstos resulta contrario a la lógica del convenio, pues como apreciara el Comité de Expertos, a propósito de una reclamación

137 Corte Suprema, Asociación Indígena Tragun Mapu Maile Allipen contra Comisión Evaluadora Ambiental, Región de la Araucanía, Sentencia Rol 1602-2012, 8 de junio de 2012, considerando quinto (Chile).

138 Consejo de Derechos Humanos ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, *supra* nota 19, párr. 41

contra México, “el Convenio tiene aplicación en la actualidad en lo concerniente a las consecuencias de las decisiones tomadas con anterioridad a su entrada en vigor”¹³⁹, como sería la utilización de una ex línea ferroviaria para un tendido eléctrico. Así, como ha agregado en otras ocasiones el CEARC, el deber de consulta debe aplicarse en el marco general de aplicación de las disposiciones del convenio, por ejemplo, aun cuando al momento de la celebración de los contratos de renovación o extensión para la explotación de recursos naturales aquel no estuviera vigente¹⁴⁰.

Asimismo, resulta paradójica la forma en que la Corte Suprema observa el concepto de territorio indígena y la cobertura legal que el ordenamiento jurídico nacional contempla. El tribunal superior esgrime que jamás hubo discusión sobre que la franja ferroviaria no tuviera una ocupación indígena en la actualidad¹⁴¹, por lo que siendo territorio estatal no ancestral, mal podría existir una afectación. A esto, agrega, se suma la idea que “la alegación de proximidad a población protegida tampoco es un criterio suficiente por sí mismo si no se ha justificado algún grado de afectación a aquélla”¹⁴² pues, como sostiene más adelante, ninguno de los sitios con significación cultural se encuentran dentro del trazado del proyecto, sino que en un sector colindante a un camino público donde ya existen postes de alumbrado cuestión que no “producirá un cambio relevante en la situación actual”. Tal aspecto, a mi juicio, es de resorte de los pueblos y no de los jueces.

La premisa criticable es aquella que subyace a los hechos pasados con legitimidad actual, incluso si tienen efectos presentes. A esto subyace el naturalizar una no-afectación por el hecho de ser decisiones anteriores a la vigencia del convenio. En este sentido, el argumento de la corte pasa por aceptar que el Estado ya dispone de estos terrenos, de modo que puede destinar el uso que estime conveniente.

Lo que no recuerda la Corte Suprema es que el Convenio 169 entiende por tierra una idea que abarca la totalidad del hábitat, cuestión representada por el concepto de territorio y que no necesariamente guarda relación con un derecho de propiedad sobre éste. Así, el Comité de Expertos de la OIT señala que el derecho que tengan los pueblos sobre tierras, aunque sean de constitución reciente, no son determinantes pues el convenio fue redactado para reconocer diversas situaciones en la que existen derechos

139 OIT, Consejo de Administración, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores del Metal y Similares, GB.273/15/6:GB.276/16/3, párr. 36 (1999).

140 Ver OIT, Consejo de Administración, GB.277/18/4:GB.282/14/2, *supra* nota 59, párr. 30. Ver también OIT, Consejo de Administración, GB.294/17/1:GB.299/6/1, *supra* nota 64, párr. 54.

141 Corte Suprema, Sentencia Rol 1608-2011, *supra* nota 136, considerando cuarto.

142 *Id.*, considerando 6.

sobre tierras comprometidas, incluso sobre “tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones”¹⁴³, no necesariamente legales, podríamos agregar.

En efecto, la relación ancestral con el territorio no es una cuestión de mero discurso, sino una materialidad que debe respetarse y para ello la consulta previa es fundamental. De hecho, este deber de consulta debiese operar toda vez que “los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no, título de propiedad sobre los mismos”¹⁴⁴. Por lo demás, “[l]a existencia de un proyecto de exploración o de explotación de proximidad inmediata con los linderos de las tierras que han sido reconocidos oficialmente como el resguardo de los pueblos interesados claramente está dentro del alcance del Convenio”¹⁴⁵. De modo que existen razones para sostener la necesidad de realizar una consulta por la construcción de la Línea de Transmisión en Poste de Hormigón 110Kv Melipeuco-Freire.

Por último, y en lo que probablemente mayor discrecionalidad hay respecto a la consulta previa, la Corte Suprema señaló que los recurrentes no justificaron ni siquiera “alguna afectación a sus derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar”¹⁴⁶. En palabras de la misma corte, “no han explicitado razonablemente cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida”¹⁴⁷. Lo anterior, no se condice con las cartas enviadas por la comunidad indígena Isidro Antinao, de Freire, ni por la coordinación del territorio mapuche Trawün Mapu que rechazaron el proyecto debido a que los postes se emplazarían en predios donde existen sitios ceremoniales utilizados periódicamente como cementerio ancestral y para el guillatún, aspectos también señalados por la CONADI y por la propia Municipalidad de Freire que relevan la importancia de los efectos en las comunidades indígenas en reiteras cartas a la autoridad ambiental¹⁴⁸.

Lo que se presenta discutible en esta argumentación es en qué medida la afectación directa se relaciona con un estándar de razonabilidad; es decir, ¿acaso la afectación directa necesita de una razonabilidad que la soporte?

143 OIT, Consejo de Administración, GB.273/15/6:GB.276/16/3, *supra* nota 139, párr. 37.

144 OIT, Consejo de Administración, GB.294/17/1:GB.299/6/1, *supra* nota 64, párr. 48.

145 OIT, Consejo de Administración, *Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), (GB.276/17/1): (GB.282/14/3), párr. 86 (2001).

146 Corte Suprema, Sentencia Rol 1608-2011, *supra* nota 136, considerando séptimo.

147 *Id.*, considerando octavo. (énfasis agregado)

148 Ficha del Proyecto: Línea de Transmisión en postes de Hormigón de 110 Kv Melipeuco-Freire, Ver www.sea.gob.cl (buscar en Ingreso Sistema SEIA Electrónico; buscar por nombre o ubicación).

y si fuese así ¿de qué razonabilidad estamos hablando? Al margen que el derecho no protege meras expectativas, diremos que del Convenio 169 no se desprende un estándar de razonabilidad que justifique la afectación directa, pues, como se ha mencionado anteriormente, por ésta se entiende una afectación que no es percibida por otros individuos de la sociedad. Luego, esta afectación podrá preverse, ya que la misma práctica ha identificado ciertas afectaciones que, por las características de la medida, requieren consulta previa a priori; lo que representa una referencia objetiva para los Estados.

Ahora bien, de no preverse la afectación, será resorte de los pueblos originarios presentar al órgano competente los perjuicios que les aquejan. De modo que hablamos de casos en los que la afectación es manifestada por los pueblos a posteriori al carácter previo de la consulta, o bien, porque derechamente la afectación deja de ser potencial pues ésta ya se produjo o se está produciendo.

La paradoja a la que se enfrenta la Corte Suprema en casos de afectación a posteriori, particularmente en aquéllos que tratan sobre recursos de protección en contra de RCA aprobadas sin consulta previa, se remite a dilucidar si el órgano estatal actuó en respeto a las garantías constitucionales y, por cierto, del Estado de derecho, al dictar una medida administrativa o legislativa sin consulta previa; o sea, acaso el órgano debió o no consultar.

Sabemos que para que asista la consulta previa es necesario que la medida los afecte directamente. Hemos dicho que la afectación, en algunos casos, ha generado situaciones objetivas reconocidas por la práctica –como la construcción de carreteras, proyectos de explotación de recursos naturales, de educación indígena, entre otros– que configuran hipótesis donde la consulta previa opera. Sin embargo, en donde la afectación pareciera emerger de cuestiones sustantivas, aspectos pertenecientes a la particularidad de los pueblos, es decir, cuestiones inherentes a sus preocupaciones, la necesidad de consulta debiese vincularse con el derecho a participación. En otras palabras, el derecho que les asiste a los pueblos indígenas a determinar sus propias prioridades, tal cual lo consagra el artículo 7 del Convenio 169.

En consecuencia, y considerando la jurisprudencia que a este caso le precede, diría que no es auspiciosa la lectura que la Corte Suprema realiza. Su enfoque, sesgado por la legislación ambiental, dista de los elementos normativos, así como de los documentos emitidos por los órganos de control del sistema internacional de derechos humanos que han depurado la interpretación del derecho a la consulta previa. La ausencia de una normativa clara, pues sabemos que el convenio establece el derecho a la consulta mas no la forma de realizarse, dispone a los tribunales de justicia el deber de pronunciarse sobre aspectos que, en mi opinión, son propios de la esfera política y no judicial. En este sentido, la preocupación de la corte sobre la razonabilidad que justifica la afectación de la medida tiene como contrapartida la razonable necesidad de fuentes de energía para el país, de modo que se enfrenta al contraste del modelo de desarrollo económico de

alcance general versus el respeto de los pueblos originarios, situación que se encuentra dentro del ámbito político. Por lo tanto, la pregunta que queda es: ¿dejaremos a los jueces resolver un asunto como éste?

4. COMENTARIOS FINALES

He señalado la complejidad que implica el derecho a la consulta previa debido a su intrínseca vinculación con los derechos de participación y autonomía reconocidos en distintos instrumentos jurídicos. Aquello se reflejó en el análisis de los estándares internacionales de la consulta previa, los que en su conjunto dan cuenta de su relación dinámica estableciendo categorías imprescindibles para que una consulta sea genuina y se reconozca como tal. Estos principios son los que se juegan en el ejercicio de este derecho y, en nuestro caso, detallé cómo el aparato estatal ha asumido su deber de consulta revisando para ello los hitos más importantes de la consulta previa en Chile. En realidad, lo expuesto no es otra cosa que un análisis técnico de las consecuencias que conlleva la implementación del derecho a la consulta previa en nuestro país, de modo que mal puede responder a lo que efectivamente debe ser este derecho en cada caso, aspecto que en lo práctico depende de los pueblos indígenas pues son los llamados a determinar esta cuestión mediante su participación. De lo que sí responde el derecho es cómo sus estructuras jurídicas dan espacio a esta manifestación de la autonomía de los pueblos, o sea, cómo garantiza que se cuente con las condiciones para su libre ejercicio.

Al respecto, y visto como se ha dado este fenómeno de la implementación de la consulta, me atrevo a señalar que constituye acaso el paso más importante para la debida eficacia jurídica del Convenio 169. El producto que resulte de los procesos de consulta debe ser consecuencia de una concepción amplia de este derecho, comprendiendo que el diálogo y la participación permiten una mayor representación y legitimidad de la medida en cuestión. De este modo, los acuerdos que se resuelvan mediante este mecanismo fortalecerán las decisiones adoptadas, permitiendo que se afiancen en el tiempo. Sólo aquello permitiría el paso posterior de reconfigurar una institucionalidad indígena –desde lo indígena también– del Estado chileno y con ello el ejercicio de derechos que por años se les han negado.

Para esto, resulta necesario que el Estado chileno disponga de los medios para la organización de los pueblos indígenas, con el fin de que en conjunto sean definidos los procesos de consulta. En otras palabras, se trata de devolver los aparatos estatales al servicio del pueblo. Lo anterior, sin perjuicio que es de suma importancia contar con una normativa de consulta que se ajuste a las particularidades de este derecho, así como para que delimite la discrecionalidad con la que muchas veces actúan los aparatos estatales.

Por último, constatar que la preocupación que han mostrado representantes del empresariado respecto de la consulta y su impacto en la inversión privada resulta del todo incorrecta, pues no se trata de que las comunidades indígenas, ni los pueblos en general, estén en contra de lo que podríamos entender como progreso, y que el ejercicio del derecho a la consulta previa implique un retroceso o un obstáculo para éste. Por el contrario, las diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia (consecuencia advertida por los empresarios) se remiten a restablecer el imperio del derecho que se ha visto socavado por procesos económicos que muchas veces dejan al descubierto la precariedad en que viven muchos pueblos en Chile. De allí que las empresas privadas se aprovechen de las necesidades de las comunidades generadas por la ausencia del Estado (falta de alumbrado público, red de alcantarillado o conectividad física o comunicacional), disponiendo recursos para negociar el consentimiento de las comunidades en función de la aprobación de los proyectos de inversión. A ellos recordar que el derecho a la consulta previa no es un obstáculo, sino el ejercicio de un derecho humano que reivindica los derechos de los pueblos.

III

EL ROL DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

EL FORMALISMO JURÍDICO, LA EDUCACIÓN JURÍDICA Y LA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL DERECHO EN LATINOAMÉRICA

Daniel Eduardo Bonilla Maldonado

Abogado de la Universidad de los Andes (Colombia). Obtuvo su maestría y doctorado en la Universidad de Yale. Actualmente es *Distinguished Leitner Center Visiting Professor* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham y profesor asociado y codirector del Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Ha sido profesor invitado en las universidades Nacional de Colombia, Yale, Texas, Georgia State y en el Instituto Internacional para la Sociología del Derecho.

INTRODUCCIÓN*

Las clínicas de derecho de interés público¹ en Latinoamérica son un instrumento poderoso para cuestionar y debilitar el formalismo que ha dominado la cultura jurídica de la región². Estas iniciativas son, además, una herramienta potente para socavar las bases de la educación jurídica y la práctica profesional formalistas fuertemente arraigadas en esta zona del continente americano³.

* Este artículo recoge y desarrolla los argumentos expuestos en la conferencia “Las clínicas de derecho de interés público en Latinoamérica: una herramienta contra el formalismo jurídico” dictada en la Universidad Estatal de Georgia (EE.UU). Este texto, o algunas de sus partes, se expusieron en la Universidad de Palermo, Universidad de Buenos Aires y Universidad Autónoma de México. Agradezco a los asistentes sus comentarios y sugerencias, así como los aportes de Manuel Iturralde, Mariana Castellón, Juan Diego Álvarez, Martín Bohmer, Marcelo Alegre, Colin Crawford, Laura Saldivia y Laurel Fletcher. Quisiera agradecer especialmente el excelente trabajo de Ryan Fox y Manuel Gómez como asistentes de investigación.

1 En este texto se entiende por clínicas de derecho de interés público aquellos proyectos que cumplen con los siguientes requisitos: hacen parte de una universidad, atienden clientes reales ya sea individuales o grupales, son gratuitos y persiguen fines pedagógicos y de justicia social. Se excluyen los cursos sobre simulaciones de casos reales o los proyectos de consultoría que las facultades de derecho realizan ocasionalmente para el Estado u organizaciones nacionales o internacionales que pueden tener objetivos relacionados con la justicia social. Como sinónimos utilizo “clínicas de derecho de interés público”, “consultorios jurídicos de interés público”, “educación jurídica práctica” y “educación jurídica clínica”.

2 Rogelio Pérez-Perdomo, *Rule of Law and Layers in Latin American*, en ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE, Vol.603-1, pág.110 (2005).

3 Bloch señala que “[d]entro los objetivos centrales de largo plazo de la educación jurídica clínica hay un elemento (...) que juega un papel crítico en los pilares del movimiento clínico global: la reforma de la educación jurídica”. Véase, e.g., Frank S. Bloch, *Access to Justice and the Global Clinical Movement*, 28 JOURNAL LAW & POLICY 111, pág. 125 (2008).

El concepto de derecho formalista identifica el sistema jurídico con la ley⁴; considera que el derecho es completo, coherente y cerrado; señala que éste es capaz de dar respuestas únicas a todos los problemas que surgen en una comunidad política; y, en versiones extremas empareja validez formal con justicia⁵. De igual forma, este concepto de derecho se entrecruza con una interpretación clásica de la democracia liberal que promueve una separación radical entre las ramas del poder público⁶. Consecuentemente, el legislador es el único que tiene capacidad creadora de derecho, los jueces deben, y pueden, ser neutrales y la tarea primordial del ejecutivo es la materialización de las normas jurídicas preexistentes⁷.

La educación jurídica formalista, que refuerza y reproduce el concepto de derecho formalista, gira en torno al enciclopedismo curricular, el memorismo y el conceptualismo⁸. Promueve currículos con un alto número de materias de manera que los estudiantes conozcan todas las creaciones del legislador, considera que conocer el derecho es directamente proporcional a la capacidad de repetir el texto de la ley, y afirma que la enseñanza del derecho debe girar en torno a categorías abstractas, principios y reglas, y a sus relaciones formales y sustanciales⁹. Para esta perspectiva de la educación, no son relevantes las preguntas por la legitimidad moral y política de las normas e instituciones jurídicas, separa la dogmática de la teoría y práctica jurídica, aísla el derecho privado del derecho público y tiene como método único de enseñanza la clase magistral¹⁰. La educación jurídica formalista, por consiguiente, gira en torno a los materiales creados por el legislador, pretende que los estudiantes los conozcan en su totalidad y que los reproduzcan acríticamente, promueve un currículo donde las distintas áreas del

4 En este texto se entiende Ley en sentido formal; es decir, aquellas normas creadas por el legislador siguiendo procedimientos preestablecidos.

5 Los efectos que ha tenido el formalismo en la cultura jurídica latinoamericana pueden observarse cuando se le compara de manera general con la cultura del derecho consuetudinario. Philip M. Genty, por ejemplo, ha identificado cinco diferencias claves entre la tradición jurídica civilista y la consuetudinaria. Definidas de manera amplia, estas son: la mayor relevancia que la tradición civilista le da a los temas sustantivos sobre los procesales; la importancia de conocer, antes que interpretar creativamente, la doctrina jurídica; la escasa relevancia que en la tradición jurídica civilista se le da a la relación cliente-abogado; por el contrario, la importancia que adquieren las figuras de autoridad; y la ausencia del concepto de litigio en favor de una causa ("cause lawyering"). Véase en general Philip M. Genty, *Overcoming Cultures and its Implications for Clinical Education*, 15 CLINICAL L. REV. pág. 131 (2008).

6 Véase *infra* notas 51 y 52 y texto que las acompaña.

7 Véase en general Duncan Kennedy, *Legal Formalism*, en *ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL & BEHAVIORAL SCIENCES* (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001).

8 Véase Pérez-Perdomo, *supra* nota 2, pág.102-113; Caio Mario da Silva Pereira Neto & Paulo Todescan Lessa Mattos, *Legal Research Crisis in Brazil: Traps and Alternatives to Legal Formalism*, 77 REV. JUR. U.P.R. pág. 445.

9 Véase *infra* texto que acompaña las notas 56-58.

10 Véase *infra* Sección II.

derecho se mantengan aisladas y sitúa al profesor en el centro del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Este tipo de educación genera un profesional del derecho con características particulares y problemáticas. Los abogados educados en las facultades de derecho formalistas tienden a considerar que tienen una y sólo una obligación profesional: representar competente y éticamente a sus clientes. Los abogados no tienen deberes para con la comunidad en la que se encuentran inmersos¹¹. Igualmente, los abogados formalistas, especialmente los recién graduados, se enfrentan con serias dificultades para poner en práctica el arsenal de categorías jurídicas aprendidas en la universidad¹². Paradójicamente, dado el carácter profesionalizante de las facultades de derecho formalistas, una vez que entran al mercado laboral los jóvenes abogados evidencian que aunque conocen los materiales jurídicos con relativa competencia, no han desarrollado o consolidado las destrezas necesarias para actuar competentemente en la práctica profesional. Por ejemplo, no saben cómo redactar un memorial, entrevistar un cliente o evaluar las posibles consecuencias de optar por una u otra estrategia jurídica en un caso particular¹³.

Ahora bien, las clínicas que existen en las facultades de derecho latinoamericanas han abierto espacios importantes para cumplir con tres fines que explícitamente cuestionan la teoría y la práctica formalista que domina nuestra imaginación política y jurídica¹⁴. Por un lado, tienen como objetivo hacer uso del derecho como un instrumento de cambio social¹⁵. Para las clínicas latinoamericanas resulta fundamental contribuir, haciendo uso del derecho, a la construcción de sociedades más libres, solidarias e igualitarias¹⁶. Por otro lado, las clínicas latinoamericanas pretenden que la educación experiencial se vuelva un componente importante de la educación jurídica en la región¹⁷. Los estudiantes de derecho deben aprender *haciendo*,

11 Pérez Perdomo señala que “[e]stas escuelas [aquellas comprometidas con la reforma del derecho] le dieron importancia a la educación ética, la cual los positivistas-formalistas habían hecho desaparecer de las facultades de Derecho”. Pérez-Perdomo, *supra* nota 2, pág.111.

12 Véase *infra* notas 113 y 114 y texto que las acompaña.

13 Véase *infra* texto que acompaña las notas 83 y 84.

14 Christian Courtis, La educación clínica como práctica transformadora, en ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO: UNA ALTERNATIVA A LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE FORMACIÓN DE ABOGADOS, (Marta Villareal y Christian Courtis, coordinadores, ITAM, 2007).

15 Véase *infra* texto que acompaña las notas 88 y 89.

16 El significado de estas categorías varía notablemente. Cada clínica, de manera implícita o explícita, les otorga significados diversos. De igual forma, hay clínicas que pueden sumar otros valores a los anotados. Sin embargo, es posible argumentar que las clínicas latinoamericanas han centrado sus esfuerzos en la consolidación de las democracias liberales que formalmente existen en los países de la región aunque, evidentemente, haya maneras muy diversas de interpretar qué se entiende por democracia liberal y cuáles son los medios apropiados para su defensa.

17 Véase *infra* texto que acompaña las notas 119 y 120.

no únicamente a través de la lectura de documentos y la asimilación de las palabras pronunciadas por el profesor en el salón de clase. Los alumnos deben aprender adelantando tareas que son típicas en la comunidad jurídica bajo la supervisión constante de un profesor. Finalmente, las clínicas buscan que los estudiantes desarrollen o consoliden destrezas fundamentales para llegar a ser profesionales competentes y socialmente responsables¹⁸. La educación jurídica no debe centrarse solamente en la información y no debe formar abogados competentes desde el punto de vista profesional pero que consideran que sus responsabilidades morales terminan con la satisfacción de las necesidades y exigencias de sus clientes.

No obstante, es preciso señalar que la lucha contra el formalismo jurídico que han adelantado las clínicas de derecho de interés público latinoamericanas no ha cumplido su objetivo a cabalidad. Obstáculos políticos, económicos y académicos que se entrecruzan en la práctica y que surgen dentro y fuera de las facultades de derecho, han impedido que así sea. En el eje político, los impedimentos más importantes hacen referencia a la oposición que este tipo de proyectos genera entre algunos sectores conservadores del profesorado y la administración de la universidad¹⁹. Esta oposición política impide que las clínicas, por ejemplo, obtengan una porción justa de los recursos económicos disponibles para financiar sus actividades, dificulta que sus proyectos sean aceptados o que se adelanten fluidamente casos complejos que afectan de manera negativa a sectores poderosos de la sociedad²⁰, o desestimula la creación de nuevos espacios de educación jurídica práctica dentro de las facultades.

En el eje económico, los profesores clínicos muchas veces se encuentran con que, a pesar de que existe voluntad política para crear o fortalecer proyectos de educación jurídica práctica, no existen suficientes recursos económicos para hacerlo adecuadamente. No existe dinero suficiente, entre otras cosas, para contratar profesores de tiempo completo que puedan dirigir o supervisar este tipo de proyectos o para financiar la infraestructura necesaria para que éstos puedan florecer y expandirse²¹.

18 Véase *infra* texto que acompaña las notas 121 y 122.

19 Véase *infra* texto que acompaña las notas 115 y 116.

20 En EE.UU. las clínicas también han experimentado problemas serios cuando se han tenido que enfrentar a grupos sociales poderosos. El caso de la clínica de derecho ambiental de la Universidad de Tulane es ilustrativo: durante los años noventa trabajó en favor de los derechos de un grupo de ciudadanos que buscaba evitar que se construyera una fábrica de productos químicos en su comunidad. Su labor fue cuestionada públicamente por el gobernador de Louisiana y la Corte Suprema estatal restringió notablemente el quehacer que la clínica puede desarrollar. Para una descripción detallada del caso véase Robert R. Kuehn, *Denying Access to Legal Representation: The Attack on the Tulane Environmental Law Clinic*, 4 WASH. UNIV. J. L. & POLY 33 (2000).

21 Para acercarse a la experiencia estadounidense en materias relacionadas con el declive de las fuentes de financiación de los proyectos clínicos y de defensa del derecho al acceso a la justicia, es importante considerar que “[l]a reducción de los fondos para los programas

En el eje académico, los profesores clínicos se enfrentan a la rigidez de los programas curriculares, lo que dificulta la creación de materias prácticas, o a la lentitud de las burocracias universitarias competentes para transformarlos²². De igual forma, los profesores clínicos se enfrentan al desconcierto que generan algunos de sus productos cuando deben ser evaluados institucionalmente. No es claro cuál es el valor que se le debe asignar a una demanda, un informe de derechos humanos o una cartilla que explica de manera sencilla los derechos que tiene un grupo vulnerable de la población. De igual manera, muchas clínicas de derecho de interés público de la región se enfrentan con el desinterés de amplios sectores del estudiantado. Estos programas, generalmente se afirma, no contribuyen a lograr su objetivo primordial, esto es, entrar rápidamente en la práctica profesional privada o en los cuadros medios de la burocracia estatal²³.

Ahora bien, los obstáculos no son sólo externos. Algunos proyectos clínicos no logran consolidarse por la falta de claridad y precisión de sus fines o por la ausencia de una reflexión crítica, compleja y sostenida que describa y evalúe el trabajo realizado y ofrezca horizontes normativos para guiar los planes que se adelantarán en el futuro.

Este artículo tiene como objetivo desarrollar y justificar los argumentos anteriormente presentados. Para cumplir con este fin, el texto se divide en cuatro partes. En la primera, presentaré la columna vertebral del formalismo jurídico latinoamericano y mostraré cómo las clínicas son una herramienta poderosa para debilitar el concepto de derecho que ha sido dominante en

de servicios jurídicos [para los grupos vulnerables] y las restricciones severas que probablemente se les impondrán son la ilustración más gráfica del problema más general del declive de nuestra habilidad para producir financiamiento estable para los proyectos de litigio político". Véase Gary Bellow, *Steady Work: A Practitioner's Reflections on Political Lawyering*, 31 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 297, pág. 306 y 307 (1996).

22 La experiencia clínica estadounidense también ha sido afectada negativamente por la ausencia de imaginación institucional, por lo que "[d]eberíamos aprovechar los programas clínicos de las facultades de Derecho mucho más de lo que lo hemos hecho (...) Debemos pensar en formas de aprovechar este inmenso recurso para el servicio [de la comunidad], esto es, usar la supervisión y créditos que reciben los estudiantes para expandir el espectro y alcance del servicio que prestamos (...) Para hacer esto necesitamos gastar dinero y asignar personal que supervise a los estudiantes que entran al sistema. El que no lo hayamos hecho me parece que es resultado de la rigidez que de una evaluación fría de los costos y beneficios de emplear abogados en proceso de formación para que provean los servicios rutinarios que necesitan los clientes que en este momento simplemente estamos rechazando". Véase Gary Bellow, *Legal Services on Comparative Perspective*, 5 MD. J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 371, pág. 375 y 376 (1994).

23 Aunque las universidades de élite logran posicionar algunos de sus egresados en las altas esferas del Estado, la mayor parte de los abogados latinoamericanos trabajan en los cuadros medios de las burocracias estatales. Richard Wilson, *La educación legal clínica como medio para mejorar el acceso a la justicia en países en desarrollo con democracias incipientes*, en ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO: UNA ALTERNATIVA A LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE FORMACIÓN DE ABOGADOS, pág. 160 (Marta Villareal y Christian Courtis coordinadores, ITAM, 2007).

la práctica y la teoría jurídica de la región. No argumento que el formalismo sea, o haya sido, el único concepto de derecho existente en Latinoamérica²⁴. Por el contrario, el positivismo²⁵, la escuela libre del derecho²⁶ y la teoría sociológica del derecho²⁷, entre otros conceptos alternativos, también han influido en la manera cómo los latinoamericanos entendemos el derecho. Sin embargo, estos conceptos no han tenido el mismo impacto que el formalismo en la definición del marco dentro del cual los latinoamericanos pensamos asuntos jurídicos básicos. El formalismo ha dominado, y todavía domina, buena parte de la imaginación jurídica latinoamericana, resistiendo los ataques que ha recibido desde muchos frentes. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana²⁸ y las publicaciones de muchos académicos del derecho no formalistas²⁹, por ejemplo, no han sido suficientes para enviar al formalismo a los márgenes de nuestra imaginación jurídica. Los esfuerzos de facultades de derecho, como de las universidades de Los Andes, Getulio Vargas, ITAM y Diego Portales, por nombrar algunas, tampoco han sido efectivos para alcanzar este objetivo³⁰. El formalismo todavía tiene una presencia fuerte en la educación jurídica latinoamericana, en general, y en particular, en las facultades que tienen como proyecto normativo cuestionarlo y dejarlo a un lado³¹.

En esta primera sección, tampoco argumento que no debamos tomarnos en serio el derecho latinoamericano³². El hecho que el formalismo haya sido central para entender y aplicar el derecho en la región no significa que debamos olvidar el derecho y concentrarnos en la política para entender

24 Véase Alexandra Huneus et al., *Introducción en CULTURES OF LEGALITY: JUDICIALIZATION AND POLITICAL ACTIVISM IN LATIN AMERICA* pág. 3, (Alexandra Huneus et al., eds., 2010).

25 Véase en general, CARLOS SANTIAGO NINO, *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO* (1984); Genaro Carrió, *NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE* (1965).

26 Véase en general, DIEGO LÓPEZ MEDINA, *TEORÍA IMPURA DEL DERECHO. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA* (2004).

27 Véase Marcelo Gomes Justo & Helena Singer, *Sociología of Law in Brazil: A Critical Approach*, 32 *THE AMERICAN SOCIOLOGIST*, Summer 2001, Issue 2, pág. 10-25.

28 Véase en general, Manuel José Cepeda-Espinosa, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of The Colombian Constitutional Court*, 3 *WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV.* 539 (2004).

29 Véase en general, CARLOS SANTIAGO NINO, *ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS* (2003); EUGENIO BULYGIN, *EL POSITIVISMO JURÍDICO* (2006); CARLOS ALCHOURRÓN Y EUGENIO BULYGIN, *INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES* (1974); BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *TOWARD A NEW LEGAL COMMON SENSE: LAW, GLOBALIZATION, AND EMANCIPATION* (2002).

30 Véase en general, JUNY MONTOYA VARGAS, *THE CURRENT STATE OF LEGAL EDUCATION REFORM IN LATIN AMERICA: A CRITICAL APPRAISAL*, 59 *J. LEGAL EDUC.* 545 (2010).

31 Véase *id.*

32 Véase en general, Jorge L. Esquirol, *Fictions of Latin American Law* (Part 1), 1997 *UTAH L. REV.* 425 (1997). Texto donde el autor resalta las vertientes antiformalistas del derecho en Latinoamérica.

Latinoamérica. Tampoco quiere decir que debemos aproximarnos al derecho a través de una perspectiva sociológica que trata de explicar su fracaso³³. El derecho ciertamente juega, y ha jugado, un papel importante en las comunidades políticas latinoamericanas. Aún más, el derecho, como lo demuestra el trabajo de muchas clínicas de la región, ciertamente puede ser usado para alcanzar importantes objetivos emancipatorios. El derecho ha sido y puede ser una herramienta poderosa para el cambio social en la región.

En la segunda parte de este artículo examinaré la educación jurídica y la práctica profesional formalista y en la tercera analizaré las características de la educación jurídica clínica en Latinoamérica. En ésta presentaré los principales obstáculos que han impedido la creación y/o consolidación de clínicas de derecho de interés público en la región y que han hecho que este instrumento no haya sido tan efectivo como sería deseable en la lucha contra el formalismo jurídico. En la cuarta parte, ofreceré de manera muy breve, algunas estrategias que contribuirían a la creación y/o consolidación de las clínicas de derecho de interés público en Latinoamérica. Estas recomendaciones, por tanto, ayudarían a que los proyectos de educación jurídica práctica sean mucho más eficaces en su cuestionamiento al formalismo jurídico.

El texto, por tanto, entrelaza teoría y práctica. Pretende contribuir a la comprensión y evaluación del concepto de derecho dominante en Latinoamérica y su relación con la educación jurídica clínica, pero también pretende precisar los principales obstáculos que dificultan la creación o consolidación de clínicas jurídicas en la región y presentar algunas sugerencias concretas sobre cómo superarlos. De esta manera, los objetivos que persigue el texto son de distinto tipo, aunque complementarios. Por un lado, busca presentarle al lector no especializado algunos problemas y discusiones teóricas que son bien conocidas en círculos especializados. El concepto de derecho formalista y su impacto en la educación jurídica y la práctica profesional son temas que han sido trabajados por la teoría del derecho hispanoamericana. Mi propósito, en relación con este punto, es exponer de manera completa, clara y sencilla las coordenadas que estructuran esta discusión. Por otro lado, el escrito pretende conectar estas discusiones teóricas con la educación jurídica práctica, un puente que ha sido poco explorado hasta ahora. Finalmente, quisiera ofrecer una hoja de ruta básica, pero ojalá efectiva, que pueda contribuir a la creación o consolidación de proyectos de educación jurídica clínica en la región.

33 Véase en general, Jorge L. Esquirol, *Continuing Fictions of Latin American Law*, 55 FLA. L. REV. 41 (2003); Jorge L. Esquirol, *The Failed Law of Latin America*, 56 AM. J. COMP. L. 75, pág. 94-95 (2008).

1. EL MARCO TEÓRICO DE LAS CLÍNICAS DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO LATINOAMERICANAS

El concepto de derecho, la noción de educación jurídica y la práctica profesional del derecho son tres categorías que están entrelazadas teórica y prácticamente³⁴. Cambios en una de ellas implica cambios en las otras dos. Así, por ejemplo, el surgimiento de un nuevo campo para la práctica profesional puede generar transformaciones en el currículum y/o en el concepto de derecho dominante. El nacimiento del derecho del entretenimiento, los deportes o la resolución alternativa de conflictos, siguiendo con los ejemplos, han hecho que muchas facultades abran espacios para estos temas en sus currículos³⁵. Estas decisiones académicas muchas veces traen como consecuencia la eliminación de otras materias y, por tanto, interpretaciones sobre qué áreas del derecho son importantes, o qué debe enseñarse en una facultad. Estos cambios, sin embargo, generalmente no tienen consecuencias sobre el concepto de derecho dominante. Estas transformaciones usualmente no son estructurales, sino variaciones dentro de los límites impuestos por el concepto de derecho que prevalece en la comunidad jurídica. No obstante, en otros casos, como el derecho de interés público en Latinoamérica, la situación parece distinta. La presencia de esta nueva materia en las facultades ha conseguido cambios curriculares menores pero también ha logrado erosionar algunas de las bases sobre las que se sostiene el concepto de derecho formalista que domina la conciencia jurídica latinoamericana³⁶.

34 Sobre la relación entre ideas y prácticas Paul Kahn, señala que “[e]s sólo sentido común pensar que hay una relación recíproca entre prácticas e ideas sociales. Mis creencias deben hacer posible llevar a cabo las funciones que definen mi función; tienen que darle sentido al lugar que ocupó en el mundo. Si no lo hacen, si las ideas y las prácticas son disonantes, debe haber algún factor externo que mantenga estable la función. Se me puede coaccionar a efectuar mecánicamente las tareas que no consigo entender o que pienso que están mal. La coacción se puede expresar crudamente mediante la amenaza o más suavemente mediante un incentivo. En el primer caso, la comprensión propia del sujeto le hará probablemente referirse no a su función, sino a su condición de víctima: no a la imagen de sí mismo como profesional, sino como sostén de su familia. En el segundo caso, distinguirá entre su función aparente y su “verdadera” función. Por lo general, funciones sociales y creencias acaban correspondiéndose con el transcurso del tiempo. La coacción requiere demasiados recursos sociales como para mantenerse indefinidamente, mientras que la disonancia cognitiva requiere demasiados recursos psíquicos. Como es natural, se puede cumplir con más de una función social simultáneamente, y hay una gran variación —individual y social— con respecto a cuánta disonancia se puede suprimir o superar”. PAUL KAHN, *POLITICALTHEOLOGY: FOUR NEW CHAPTERS OF SOVEREIGNTY*, pág. 93 (2011).

35 *Por ejemplo*, Mónica Pinto señala que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el número de cursos se ha doblado desde el inicio de los años noventa. Véase Mónica Pinto, *Developments in Latin American Legal Education*, 21 PENN ST. INT’L L. REV. 61, 62 (2003).

36 La presencia de estas materias le ofrece a los estudiantes, y a la comunidad jurídica en general, conceptos de derecho alternativos y, por tanto, abre nuevos horizontes normativos para la academia y la práctica jurídica.

Ahora bien, a pesar de su continua interacción y mutua transformación, el concepto de derecho que se defiende tiene preeminencia analítica y práctica sobre las otras dos categorías: educación jurídica y práctica profesional. Los distintos conceptos de derecho nos indican cuáles son los elementos estructurales de los ordenamientos jurídicos, los fines que éstos deben perseguir, o los roles que los distintos operadores jurídicos —abogados, jueces y legisladores, entre otros—, deben jugar en la práctica jurídica. Así, por ejemplo, el positivismo jurídico contemporáneo se concentra en la descripción y análisis de las reglas primarias y secundarias que se consideran la columna vertebral de un ordenamiento jurídico nacional³⁷ y el funcionalismo en los objetivos que tiene el derecho en las sociedades: justicia, orden u opresión³⁸, por ejemplo. Estas perspectivas, a su vez, condicionan la manera en que se piensa y desarrolla la educación jurídica y la práctica profesional. De esta forma, por ejemplo, la preeminencia de un concepto funcionalista tendrá, como muy segura consecuencia, la articulación de un currículo interdisciplinario, esto es, un programa que incluye un número notable de materias que provienen de las ciencias sociales y una aproximación multidisciplinaria a los temas jurídicos tradicionales.

De esta forma, los programas en las facultades de derecho y las metodologías para su enseñanza se articulan alrededor del concepto de derecho que se haya vuelto hegemónico en una comunidad jurídica y política particular. El fin principal de la educación no es otro que reproducir en las nuevas generaciones el concepto que ha conquistado la conciencia de los ciudadanos³⁹. De igual forma, la educación que se imparte determina las características centrales de la práctica jurídica. Los jóvenes abogados actuarán en la vida profesional guiados por las categorías conceptuales aprendidas en la universidad e intentarán satisfacer las exigencias normativas impuestas a los roles que puedan encarnar en la práctica, tales como abogados, jueces y legisladores⁴⁰. Los jueces colombianos o mexicanos, por ejemplo, intentarán actuar de manera que sus fallos reflejen el valor de la

37 Véase en general, H.L.A. Hart, *EL CONCEPTO DE DERECHO* (1961).

38 EUGENE EHRLICH, *THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW*, (1975).

39 Aunque el formalismo ha sido el concepto de derecho dominante en Latinoamérica no ha sido el único presente en las comunidades jurídicas de los países de la región. Cuestionándolo e interactuando constantemente con él, han existido y existen conceptos de derecho periféricos. Por ejemplo, un concepto sociológico del derecho, o uno influenciado por los estudios legales críticos estadounidenses. Estos conceptos alternativos tienen como objetivo ocupar la posición hegemónica que ostenta hoy el formalismo jurídico en la región.

40 Por tanto, en relación con la omnipresencia de la perspectiva de la “ciencia del derecho” en los países que pertenecen a la tradición civilista, Merryman y Pérez-Perdomo sugieren que “[l]a mayoría de los estudiantes de derecho son adoctrinados tempranamente en sus carreras y nunca piensan en cuestionar [esta perspectiva]: sus características, y el modelo del sistema jurídico que perpetúa, son todo lo que conocen”. JOHN HENRY MERRYMAN Y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO, *THE CIVIL LAW TRADITION*, pág. 66 (3ª ed., 2007).

neutralidad que defiende el formalismo jurídico. Un juez de una comunidad en donde el concepto de derecho defendido por el análisis económico del derecho se haya vuelto hegemónico intentará, por el contrario, que sus decisiones sean eficientes y, por ende, tendrá en cuenta las consecuencias económicas que éstas pueden generar.

En Latinoamérica, desde el siglo XIX hasta hoy, el concepto de derecho hegemónico ha sido el formalismo jurídico⁴¹, como consecuencia del entrecruzamiento y apropiación en la región de algunas de las premisas fundamentales defendidas por la escuela de la exégesis francesa y el historicismo alemán⁴². Una de las características fundamentales del formalismo jurídico latinoamericano es que identifica al derecho con la ley. De esta manera, la unidad central de cualquier ordenamiento jurídico es el conjunto de normas creadas por el legislador. Así, otras fuentes creadoras de derecho como la jurisprudencia, los principios generales de derecho que no hayan sido positivizados y la doctrina, se consideran secundarias y pueden usarse únicamente en ausencia de una ley específica que regule la materia que se pretende controlar, o cuando las leyes existentes no sean claras o precisas. El formalismo, por tanto, está comprometido con una forma particular de entender el sistema de fuentes creadoras de derecho en una comunidad política. En esta interpretación, la ley se considera la fuente suprema.

En Colombia, por ejemplo, esta premisa ha generado una disputa jurídica y política de gran envergadura entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La primera, ha defendido una interpretación del sistema de fuentes consagrado en la Constitución de 1991 que indica que la jurisprudencia tiene el mismo valor que la ley como fuente creadora de derecho⁴³. Este argumento le ha servido a la Corte Constitucional para fundamentar la obligatoriedad del precedente en Colombia, tanto el constitucional como el de la justicia ordinaria y la administrativa. La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha indicado que la tradición jurídica civilista a la que pertenece Colombia está comprometida con el carácter supremo de la ley. Los jueces, consecuentemente, y como lo indica de manera clara el artículo 230 de la carta política de 1991, “sólo están sometidos al imperio de la ley”. La jurisprudencia, añade la Corte Suprema, es únicamente una fuente secundaria optativa para el juez, que sólo opera cuando se evidencia un vacío legal o cuando la ley es vaga o ambigua.

En segundo lugar, el formalismo considera que el ordenamiento jurídico es un sistema completo⁴⁴. El derecho, por tanto, es un conjunto jerarquizado

41 Carlos Peña González, Característica y desafíos de la enseñanza legal latinoamericana, Conference of International Legal Educators, pág.1-3, disponible en <http://www.aals.org/2000international/> (última visita diciembre 5, 2012).

42 Véase LÓPEZ MEDINA, *supra* nota 26, pág. 129-233.

43 Véase DIEGO LÓPEZ MEDINA, EL DERECHO DE LOS JUECES, capítulo 4 (2006).

44 Véase NINO, *supra* nota 25, pág. 36-37.

de normas jurídicas, principalmente leyes, que ofrece respuestas para todos los conflictos que puedan surgir en una sociedad. En este sentido, el derecho no tiene lagunas⁴⁵. Esto no significa que el derecho incluya una ley específica para regular cada una de las prácticas sociales existentes o futuras, significa, más bien, que cuando no haya una regla que controle el caso bajo estudio, el derecho provee herramientas alternativas para solucionarlo; por ejemplo, métodos de interpretación, como la analogía y normas jurídicas generales como los principios. La primera herramienta permitirá aplicar una ley que regule un caso similar al que se pretende resolver; la segunda, decidir una controversia apelando a las normas jurídicas que justifican el sistema jurídico —o un área específica del mismo— y que tienen un alto nivel de abstracción, lo que permite su aplicación a diversas situaciones fácticas.

En tercera instancia, el formalismo jurídico argumenta que el derecho es un sistema cerrado⁴⁶, un conjunto autónomo de normas jurídicas. Es decir, el sistema tiene sus propios mecanismos para crear, aplicar, modificar y destruir las unidades que lo componen, sin necesidad de ningún otro sistema para subsistir y reproducirse. El derecho no tiene y no debe construir puentes que lo comuniquen con otros sistemas, como la sociología o la psicología, pues hacerlo lo contaminaría con agentes extraños que tienen una lógica interna distinta y que podrían llevar a una desnaturalización o que funcione inadecuadamente.

En cuarta instancia, el formalismo afirma que el derecho es coherente. De esta manera, el derecho se entiende como un sistema donde sus componentes no se contradicen⁴⁷. Las normas jurídicas tienen una relación armónica entre sí como consecuencia de la sabiduría del legislador y del carácter jerarquizado del sistema, el cual se representa paradigmáticamente en la pirámide kelseniana⁴⁸. El formalismo acepta que ocasionalmente el legislador pueda fallar y expedir normas contradictorias. Sin embargo, en estos casos, el ordenamiento jurídico ofrece una serie de herramientas para la interpretación y aplicación de normas que permite que el operador jurídico

45 Esto es ilustrativo de la tradición civilista de un código ideal. Así lo señalan Merryman y Pérez-Perdomo: "Si se le exigiera a los jueces decidir un caso para el que no existe una norma creada por el legislador, ellos estarían ciertamente creando derecho y por tanto violando el principio de separación de poderes. Por esta razón fue necesario que el legislador redactara un código sin vacíos". Véase MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág.30.

46 Véase MANUEL ATIENZA, *EL SENTIDO DEL DERECHO*, pág. 276-279 (2003).

47 Véase *id.* "[S]i en el código hubiera normas en conflicto, los jueces tendrían que crear derecho al escoger una en vez de otra como más aplicable a la situación [que se analiza]. De ahí que no pueda haber normas en conflicto".

48 Kelsen de ningún modo es un formalista. Sin embargo, la imagen de la pirámide kelseniana ha sido utilizada por el formalismo jurídico para ilustrar la idea de que el ordenamiento jurídico es jerarquizado y tiene como fuente suprema a la ley. La pirámide en Kelsen puede acomodar sin ningún problema, dado su carácter formal, un sistema donde, por ejemplo, la jurisprudencia o la costumbre sean las fuentes primarias de creación del derecho.

solucione las discordancias creadas por el legislador. Así, por ejemplo, el formalismo afirma que reglas como las que indican que la norma posterior debe aplicarse sobre la regla anterior, la específica sobre la general y la superior sobre la inferior, proveen los instrumentos para solucionar las antinomias que aparecen de cuando en cuando en un sistema jurídico.

En quinta instancia, el concepto formalista del derecho señala que éste provee respuestas unívocas para las materias y conflictos sociales que regula⁴⁹. La claridad y precisión con la que el legislador, que se presume sabio, redacta las leyes garantiza la univocidad de sus mandatos⁵⁰. Como consecuencia, el intérprete debe, como regla general, ser fiel al texto de la ley. En las palabras escogidas por el legislador se expresa su voluntad la cual, también se presume, no es otra cosa que la voluntad de la ciudadanía que representa. Consecuentemente, el formalismo considera a la exégesis como el método más apropiado para la interpretación de la ley, sin embargo, acepta que ocasionalmente ésta puede ser oscura. El legislador, en tanto humano, falla de cuando en cuando. No obstante, en estos casos, el derecho también le ofrece alternativas al operador jurídico. En primera lugar, el formalismo le ofrece el método teleológico de interpretación. El individuo debe acudir a la intención del legislador para solucionar los problemas que generan las normas vagas o ambiguas. El operador debe precisar los objetivos que el legislador tuvo al promulgar la ley, apelando a las exposiciones de motivos y las actas que recogen los debates de los legisladores que antecedieron la aprobación de las normas jurídicas cuyo mandato no es claro y preciso. En caso de que este método no genere una respuesta satisfactoria, en segundo lugar, el operador jurídico debe usar otros métodos de interpretación como la analogía o el sistemático. Debe, por ende, hacer uso de normas que reglamentan materias similares a las que regula las normas oscuras o apelar a otros principios o reglas del sistema para articular una interpretación de conjunto que de sentido a la norma vaga o ambigua.

En sexta instancia, el formalismo jurídico, de la mano de una interpretación clásica de la democracia liberal, defiende el principio de separación radical de las tres ramas del poder público⁵¹. El formalismo considera que el único que tiene capacidad creadora de derecho es el legislador, en tanto que solamente él representa a los ciudadanos y sólo él puede generar obligaciones y derechos que limiten la libertad de las personas y determinen cómo han de solucionarse los conflictos que surjan entre ellas⁵². De la misma manera,

49 Véase NINO, *supra* nota 25, pág. 36.

50 En este sentido, Merryman y Pérez-Perdomo señalan: “[S]i a los jueces se les permitiera decidir el significado que ha de tener una norma ambigua o una afirmación oscura, estarían nuevamente creando derecho. De ahí que el código tuviera que ser claro”. Véase MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 30.

51 CHARLES MONTESQUIEU, *DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES*, pág. 3–22, 30–49 y 371–380 (1998).

52 Merryman y Pérez-Perdomo sostienen que “[d]e acuerdo con [la doctrina de la separación

considera que el juez tiene como tarea solucionar los conflictos particulares a través de la aplicación del derecho preexistente. Los jueces no deben crear derecho en tanto que no tienen legitimad democrática directa. Los jueces no son, por regla general, elegidos por los ciudadanos. Para el formalismo, el juez debe, y puede ser, neutral. No debe involucrar sus compromisos morales y políticos en la solución de los conflictos que enfrenta diariamente como autoridad pública.

Finalmente, la rama ejecutiva tiene como tarea fundamental la aplicación de los mandatos creados por el legislador. Esta obligación no hace referencia a la solución de conflictos particulares que es la tarea de los jueces. Se trata más bien, de una aplicación sostenida y sistemática de las normas creadas por el legislador en las distintas esferas que componen una sociedad.

Esta separación funcional tajante entre las ramas del poder público choca con otras interpretaciones del principio liberal de separación de poderes. El formalismo rivaliza con dos interpretaciones ampliamente aceptadas hoy en día sobre este principio. De un lado, aquella que indica que un Estado contemporáneo sólo puede funcionar adecuadamente si las ramas del poder público no adelantan de manera continua funciones que históricamente han sido consideradas como propias de otra de las ramas. De hecho, se añade, en la práctica, esto viene sucediendo sin sobresaltos desde hace muchos años. Las agencias administrativas comúnmente resuelven casos particulares y sancionan a los ciudadanos, los congresos incluyen comités que investigan y castigan a funcionarios públicos y los jueces, en ocasiones, crean derecho. De otro lado, la interpretación que recoge el formalismo jurídico sobre el principio de separación de poderes contrasta con aquella que promueve la cooperación armónica de los poderes públicos. Para que un Estado pueda cumplir apropiadamente con sus objetivos se argumenta que es necesario la existencia de un diálogo constante, una interacción continua entre el ejecutivo, el legislativo y la judicatura.

En séptima y última instancia, el formalismo en sus versiones extremas identifica validez formal con justicia⁵³. Los formalistas radicales consideran que una norma jurídica que haya sido creada por la institución competente y siguiendo los procedimientos preexistentes para generar derecho debe ser considerada justa. En tanto que es la expresión de quien tiene poder creador de derecho en una comunidad política particular, sus contenidos se deben aceptar como justos. La legitimidad democrática de la que goza

de poderes] las ramas legislativa y judicial del poder público son de muy diverso tipo; para prevenir abusos, éstas tienen que estar claramente separadas entre sí. El poder legislativo es por definición el poder que crea derecho, y por tanto, sólo la legislatura podría crear derecho. Como la única rama del gobierno que es elegida directamente y tiene un carácter representativo, la legislatura es la única que podría responder a la voluntad popular". Véase MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 23.

53 Nino llama a esta perspectiva "positivismo ideológico". Véase NINO, *supra* nota 25, pág. 32.

el legislador permite presumir que los contenidos de la ley están política o moralmente fundamentados. Los procedimientos para la expedición de una norma, además, garantizan que otros valores con los que está comprometida la comunidad, como la participación apropiada de minorías y mayorías en el debate legislativo, o la no intervención indebida de individuos, u organizaciones privadas económica, o socialmente poderosas en el proceso de creación de la ley, sean adecuadamente protegidos.

Como puede verse, la cultura jurídica latinoamericana se encuentra anclada en el siglo XIX europeo. Las conexiones estrechas entre el formalismo latinoamericano y la escuela de la exégesis francesa y el historicismo alemán saltan a la vista⁵⁴. Por un lado, el formalismo está comprometido con una interpretación decimonónica del liberalismo político y jurídico. Tal interpretación del canon liberal se estructura en torno a dos ejes: el principio de separación de poderes y el principio de separación entre el derecho y la política. Estos dos principios, que se refuerzan y complementan, parten de una premisa común: una cosa es el proceso político de creación de derecho donde las distintas fuerzas que componen la sociedad se enfrentan y llegan a una solución acordada o impuesta, y otra, la aplicación del derecho donde los operadores jurídicos con autoridad, especialmente los jueces, deben hacer un uso neutral de normas preexistentes para solucionar conflictos particulares. Estos dos principios son fundamentales para evitar la excesiva concentración de poder en una institución y, por tanto, para contener cualquier intento por imponer un gobierno tiránico. De igual forma, son centrales para lograr un balance adecuado entre dos valores fundamentales del proyecto moderno ilustrado y liberal: razón y voluntad⁵⁵.

Desde la perspectiva del liberalismo político y jurídico decimonónico francés, el legislador es quien expresa la voluntad del pueblo soberano. Por tanto, cuando crea derecho debe honrar las preferencias de aquellos que lo eligieron⁵⁶. No obstante, al mismo tiempo, debe hacer uso de la razón para crear normas jurídicas claras, precisas, justas, universales y atemporales. La razón, entendida como la herramienta que nos puede llevar a la verdad absoluta, debe limitar la voluntad. La tensión entre razón y voluntad se hace evidente. Para que el legislador sea legítimo debe ser elegido democráticamente y representar la voz de sus electores. Sin embargo, al mismo tiempo, al legislador se le exige que actúe racionalmente. La razón debe determinar los contenidos de las normas jurídicas que crea. Si la razón lleva al legislador a la verdad, no parecería que la voluntad de sus electores sea relevante. Los ciudadanos deberían aceptar los mandatos de la razón. La razón debería privilegiarse por sobre la voluntad. Los ciudadanos, se sabe, continuamente se dejan llevar por emociones y prejuicios que entorpecen el

54 ATIENZA, *supra* nota 46, pág. 277.

55 PAUL KAHN, *THE CULTURAL STUDY OF LAW*, capítulo 1 (1999).

56 Véase KAHN, *supra* nota 34 y el texto que la acompaña.

ejercicio adecuado de la razón. Claro, en la práctica las cosas son distintas en tanto que el legislador falla continuamente en el uso de la razón y privilegia su propia voluntad o la de sus electores. Las creaciones legislativas siempre están sujetas a procesos de crítica y reforma de manera que se ajusten a los mandatos de la razón⁵⁷.

No es casual, por tanto, que el producto por excelencia de esta forma de liberalismo sea el código, representado paradigmáticamente por el Código de Napoleón de 1804. Un producto legislativo que se entiende en el siglo XIX francés como omnicompreensivo, atemporal y universal⁵⁸. El código civil se concibe, por la escuela de la exégesis, como el conjunto de normas jurídicas que regula todas las materias relacionadas con las interacciones que pueden darse entre las personas que componen una comunidad política⁵⁹. El código regula la vida de las personas desde que nacen hasta que mueren: desde cuando se considera, jurídicamente, que un individuo ha nacido, pasando por el matrimonio, la propiedad, o la manera en que debe adelantarse una sucesión. Puede decirse que el código napoleónico no es el código de los franceses, sino el código de la razón⁶⁰. De ahí que pudiera cruzar las fronteras sin ninguna dificultad y fuera impuesto justificadamente a las comunidades militarmente derrotadas por las campañas imperiales de Napoleón. El liberalismo francés cree en una razón universal y atemporal que cuando se usa apropiadamente genera productos jurídicos oponibles a cualquier individuo en cualquier periodo histórico.

En Latinoamérica, este discurso normativo, esta forma de concebir el derecho y la política, se encarna de manera paradigmática en los códigos civiles de muchos de los países de la región y en la idea ampliamente aceptada de que el verdadero derecho es el derecho civil. No es una coincidencia que todavía hoy en nuestras facultades se diga que “quien sabe derecho civil, [por tanto, quien conoce el código civil] sabe derecho”. Los códigos civiles de muchos Estados latinoamericanos fueron fuertemente influenciados por el Código de Napoleón. Los trasplantes jurídicos realizados en el siglo XIX por Andrés Bello en Chile, Vélez Sarsfield en Argentina y Teixeira de

57 Véase KAHN, *supra* nota 55.

58 Napoleón señaló a este respecto: “Mi verdadera Gloria no es que haya ganado cuarenta batallas. Waterloo hará que el recuerdo de estas victorias desaparezca. Lo que nada puede hacer desaparecer y vivirá eternamente es mi Código Civil” cita de Jean Louis Bergel, *Principal Features and Methods of Codification*, 48 LA. L. REV. 1073, 1078–79 (1988). (Traducción del autor).

59 JULIÁN BONNECASE, *LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS EN EL DERECHO CIVIL* (1944).

60 Merryman y Pérez-Perdomo señalan que “el Código Civil Francés de 1804 fue visto como un tipo de libro popular que podía ser puesto en el anaquel junto a la Biblia de la familia o, tal vez, en vez de ésta. Sería un manual para el ciudadano, claramente organizado y presentado en un lenguaje directo que permitiría que el ciudadano determinara sus derechos y obligaciones jurídicas por sí mismo”. Véase MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 29.

Freitas en Brasil siguen vigentes en la primera década del siglo XXI⁶¹. La expedición del Código Civil chileno en gran parte como consecuencia del trabajo de importación del Código Civil francés de 1804 realizado por Bello, así como su reproducción en países como Colombia y Ecuador, son hechos particularmente poderosos que recogen y proyectan los valores políticos y jurídicos defendidos por el movimiento codificador y la escuela de la exégesis francesa. El discurso formalista latinoamericano identifica al ordenamiento jurídico con el derecho civil y, a éste con un concepto de derecho que se estructura en torno a las ideas de sistema, completitud, autonomía, coherencia, univocidad y legitimidad democrática de aquellos que detentan el poder creador de derecho.

Por el otro lado, el formalismo jurídico latinoamericano se entronca con el historicismo alemán, para el cual el derecho no es un sistema cualquiera. El sistema jurídico es análogo a las matemáticas⁶². Un sistema compuesto por un conjunto de axiomas del cual se derivan un grupo de reglas claro y preciso. El formalismo recoge del historicismo alemán la idea de que el derecho debe ser un sistema cerrado, autónomo, y compuesto por un conjunto de normas jurídicas jerarquizadas y abstractas. En un nivel superior se encuentran los principios y en uno inferior las reglas, que se deducen de aquellos. En estos principios y reglas aparecen explícita o implícitamente una serie de conceptos como libertad, igualdad, capacidad, propiedad, que constituyen el núcleo central del sistema. Aunque para el historicismo alemán los principios se deben inducir de las prácticas sociales normativas de la comunidad⁶³, en el formalismo latinoamericano, influenciado por la escuela de la exégesis, tales principios son resultado de la razón del legislador.

Para el historicismo, así como para el formalismo, el derecho es un sistema deductivo y silogístico⁶⁴. De ahí que para estas dos perspectivas teóricas se pueda hablar de una ciencia del derecho⁶⁵. El derecho no es una disciplina que se diferencie en sus métodos de las ciencias sociales, o de las ciencias naturales. El ideal decimonónico de la creación de un sólo método científico que permita conocer la verdad y que sea el tronco común de todas las ciencias hace parte de los postulados defendidos por el historicismo alemán y el formalismo latinoamericano. De ahí, entonces, que tanto uno como

61 M.C. Mirow, *Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the "Code Napoleon" in Drafting the Chilean Civil Code*, 61 LA. L. REV. 291 (2001) y M.C. Mirow, *The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America*. 53 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 179-194 (2005).

62 F.K. Von Savigny, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*, en LA CODIFICACIÓN, UNA CONTROVERSIAS PROGRAMÁTICA BASADA EN LAS OBRAS DE SAVIGNY Y THIBAUT, pág. 49-169 (Jaques Stern, ed., 1970).

63 Véase *id.*

64 Véase MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 32.

65 M.H. Hoeflich, *Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, 30 AMERICAN LEGAL HISTORY 97 (1986).

otro distancien al derecho de la realidad social y quieran convertirlo en un cielo de conceptos puros y racionales. En aras de valores como la claridad, precisión y coherencia, el derecho debe depurarse de cualquier variable que lo conecte con la contingencia y la confusión que son comunes en la vida social. El cielo de los conceptos⁶⁶, creado por Savigny, es el sueño de los conceptos al que aspira llegar el formalista latinoamericano.

No obstante, tanto para el historicismo como para la escuela de la exégesis y el formalismo, estos principios racionales se vinculan estrechamente con el derecho romano. En el *Corpus Iuris Civilis*, supuestamente se encuentra la estructura básica del derecho civil contemporáneo. De ahí que hoy en día en Latinoamérica la mayoría de los programas de derecho incluyan cursos obligatorios de derecho romano⁶⁷. “Aprender el derecho romano es aprender los fundamentos del derecho civil”, se dice continuamente. De esta forma, en tales cursos el tiempo deja de existir. Los profesores y estudiantes se sitúan en un eterno presente donde el derecho civil siempre “es”. El derecho civil, el verdadero derecho, no ha variado sustancialmente a través de los siglos. La esencia del derecho romano/civil no se ha visto afectada por los cambios económicos, políticos y sociales acontecidos desde el siglo VI, momento en que Justiniano compiló el *Corpus Iuris Civilis*. En estos cursos de derecho romano el espacio también desaparece. Las normas jurídicas romanas se enseñan de manera completamente descontextualizada. Los únicos referentes históricos que se mencionan son los nombres de los protagonistas de los casos que se discuten, Cayo, Ticio y Ulpiano, por ejemplo. Conocer el derecho es, por tanto, conocer un conjunto abstracto de principios, reglas y conceptos⁶⁸. Los efectos que éstos producen en la realidad social, así como sus orígenes políticos o justificación moral resultan marginales para los juristas, aún cuando puedan ser de importancia para sociólogos, politólogos y filósofos.

2. EL CONCEPTO DE DERECHO FORMALISTA, LA ACADEMIA JURÍDICA Y LA PRÁCTICA PROFESIONAL

El formalismo jurídico ha modelado la investigación jurídica y la enseñanza del derecho a su imagen y semejanza⁶⁹. Para el formalismo, la tarea fundamental del académico debe ser la sistematización del derecho. Los profesores deben

66 Véase Rudolph von Ihering, *El cielo de los conceptos jurídicos*, en JURISPRUDENCIA EN BROMA Y EN SERIO 215-293 (1933).

67 Carlos Morales de Setién Ravina, *La Invención del Derecho Privado Moderno, estudio preliminar*, en LA INVENCION DEL DERECHO PRIVADO, pág. 67 (2006).

68 KARL LARENZ, METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO, pág.25 y 38 y ss. (1994).

69 Véase, e.g., Edward A. Laing, *Revolution in Latin American Legal Education: The Colombian Experience*, 6 LAWYER OF THE AMERICAS, pág. 307, 372-376 (1974). En el texto se explica la influencia de la tradición jurídica formalista en la educación jurídica colombiana.

invertir todo su tiempo y energía en precisar los contenidos de las instituciones jurídicas y determinar la relación lógica y material que existe entre las mismas. El académico debe organizar, esclarecer y señalar los límites de los principios y reglas jurídicas de manera que el sistema efectivamente sea un conjunto de conceptos y mandatos jerarquizados, claros y coherentes. Su labor fundamental es, entonces, la de hacer dogmática jurídica. De ahí que, por excelencia, el producto final de su función sea el tratado: un texto que pretende sistematizar la legislación, principalmente los códigos, y por tanto, precisar su contenido y ordenar sus partes⁷⁰. En los tratados, el área del derecho estudiada debe aparecer como completa, coherente y cerrada.

Sin embargo, en Latinoamérica, es excepcional encontrar un tratado que alcance los niveles de excelencia de la dogmática conceptualista alemana que los origina y justifica. La mayoría de estos textos son realmente glosas a los códigos⁷¹; documentos que reproducen su estructura, se repite la ley con otras palabras y se hacen comentarios más o menos marginales a sus contenidos⁷². Estos comentarios se dirigen a evidenciar y solucionar los problemas con los que puede encontrarse el abogado practicante. El tratado, típicamente, no es otra cosa que un código comentado. Es muy poco común que incluyan evaluaciones críticas serias de la legislación, reflexionen sobre la eficacia de las instituciones jurídicas, o analicen las consecuencias que las normas estudiadas tienen en la realidad social. Sin embargo, son una fuente poderosa de prestigio dentro de la comunidad jurídica. El tratadista es visto con respeto dentro de la profesión. Él es quien ordena el derecho y fija las interpretaciones estándar de las normas e instituciones jurídicas.

El tratado, por consiguiente, resulta un instrumento fundamental para la reproducción del formalismo jurídico en la región⁷³. Todos los abogados latinoamericanos, en mayor o menor grado, se educan con este tipo de textos. Los tratados son los materiales de estudio por excelencia en las facultades de derecho⁷⁴. Más aún, algunos tratados clásicos han sido centrales para la educación de varias generaciones de abogados. Resulta sorprendente que la

70 Véase Pérez-Perdomo, *supra* nota 2, pág. 103-104.

71 Alejandro Madrazo, *From Revelation to Creation: The Origins of Text and Doctrine in the Civil Law Tradition*, I MEXICAN LAW REVIEW, N° 1 (2008).

72 Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 546.

73 Véase Laing, *supra* nota 69, pág. 373. El autor argumenta que el modelo educativo formalista tradicional “fue diseñado para producir ‘juristas’ formados según el molde exegético tradicional por un sistema que desestima lo intelectual (...) y la creatividad, y que ensalza el profesionalismo”.

74 Véase *id.* pág. 375. Laing se percató de “la ausencia de textos especialmente preparados para los estudiantes” y que “[l]os únicos libros disponibles usualmente han sido los trabajos doctrinales disponibles de manera general (...) con estudiantes que se apoyan en los códigos y otros instrumentos legislativos y en notas de clases (...) que fueron tomadas por ellos mismos, otros estudiantes o el profesor, y vendidos como textos mimeografiados”.

mayor parte de los libros con los que se educan las actuales generaciones sean los mismos con los que se formaron las más antiguas. No es raro encontrar en nuestras bibliotecas y librerías tratados editados 20 o 30 veces y que los estudiantes y profesores los consideren la fuente principal e ineludible para el estudio del derecho. De esta forma, los alumnos usualmente terminan convencidos de que los tratados describen fielmente lo que el derecho es y debe ser. Consecuentemente, cuando llegan a la práctica profesional defienden o ponen en acción el concepto de derecho formalista que aparece implícito en este tipo de materiales académicos. Ningún tratado, es preciso hacer notar, defiende explícitamente el formalismo; no incluyen apartados teóricos que expliciten los presupuestos que justifican sus contenidos, estructura y metodología evitando, de esta forma, su crítica. El compromiso con el formalismo aparece en el objeto de estudio del tratado –la ley y únicamente la ley–, su organización –la reproducción del esqueleto del código– y el método a través del cual se aborda el objeto de estudio, en el mejor de los casos la sistematización acrítica y descontextualizada de los materiales jurídicos, la mayoría de las veces la glosa.

Ahora bien, si el formalismo jurídico ha tenido un impacto notable en la construcción de la identidad del académico del derecho latinoamericano, su influencia en la manera en que se piensan las estructuras curriculares y la docencia ha sido mayor. Los programas de estudio y la docencia en las facultades de derecho latinoamericanas son profundamente formalistas⁷⁵.

En primera instancia, son programas y prácticas docentes legocéntricas. La educación jurídica formalista gira en torno al estudio de una y sólo una de las fuentes creadoras de derecho que puede tener un sistema jurídico: la

75 Véanse, por ejemplo, los siguientes artículos publicados en 15 CUADERNOS UNIMETANOS, 2008: Juny Montoya Vargas, *La reforma a la enseñanza del derecho en la Universidad de Los Andes*, pág. 63-90; Andrés Cuneo Macchiavello, *Una experiencia de reforma curricular: el plan de estudios de Derecho de la Universidad Diego Portales*, pág. 33-43; Mauricio Duce, *Enseñando destrezas de litigación en procesos orales en la Universidad Diego Portales: experiencias y aprendizajes*, pág. 91-107; Horacio Spector, *The academic study of law in Argentina* pág. 6-15; Conrado Hübner Mendes, *La escuela de Derecho de São Paulo de la Fundación Getúlio Vargas Caio Farah Rodriguez Joaquim Falcão*, pág. 16-32; Caio Farah Rodriguez y Joaquim Falcao, *O projeto da escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV*, pág. 44-50. Véanse además, Luis Fernando Pérez Hurtado, *Content, Structure, and Growth of Mexican Legal Education*, 59 J. Legal Educ., No. 4, May 2010, pág. 567; Héctor Fix Fierro y Sergio López, *La educación jurídica en México, un panorama general*, en EESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE A MARTA MORINEAU: SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS, DERECHO COMPARADO, TEMAS DIVERSOS (2006); Juny Montoya Vargas, *Educación jurídica en Latinoamérica: dificultades curriculares para promover los temas de interés público y justicia social*, 38 EL OTRO DERECHO, 2009, pág. 29-42. Véase igualmente, DESAFÍOS PARA LA EDUCACIÓN LEGAL EN AMÉRICA LATINA: DOCUMENTOS DE TRABAJO DEL ENCUENTRO EDUCACIÓN LEGAL EN AMÉRICA LATINA: NUEVOS DESAFÍOS A LAS FACULTADES DE DERECHO, (Encuentro Educación Legal en América Latina: Nuevos Desafíos a las Facultades de Derecho eds., 2004).

ley⁷⁶. Fuentes alternativas, como la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho son consideradas marginales para la formación de las nuevas generaciones de abogados⁷⁷. Las normas jurídicas promulgadas por el legislador, señala el formalismo, están –y deben estar– situadas en la cima del sistema de fuentes creadoras de derecho. Hoy en día todavía es común que las clases de derecho de las facultades latinoamericanas giren en torno a la lectura del código por parte del profesor y a los comentarios que éste hace sobre uno u otro de los artículos leídos⁷⁸, comentarios que generalmente tienen el objetivo de precisar la “naturaleza” de las instituciones jurídicas que éstos consagran. El profesor formalista, como se puede ver, es esencialista. Para este tipo de académicos, las instituciones y conceptos jurídicos tienen una “naturaleza”. El contrato, la propiedad, la responsabilidad civil, por mencionar algunos ejemplos, son categorías inmutables que habitan el mundo de las ideas. Una vez que el estudiante es capaz de repetir las características necesarias de una categoría jurídica, habrá entendido lo que ésta ha sido, es y será en el ordenamiento jurídico. El carácter contingente de las normas y su conexión con las relaciones materiales de poder en la sociedad se pierden completamente. El principio de separación del derecho y la política vuelve a hacer aparición.

En segunda instancia, estos programas y prácticas son enciclopédicos. Los programas de las facultades de derecho latinoamericanas usualmente incluyen un número muy alto de materias⁷⁹. Los estudiantes, se afirma, deben conocer minuciosamente todas las creaciones del legislador, deben dominar todas las normas jurídicas que se recogen en los códigos. Es común ver que los estudiantes de las facultades de derecho latinoamericanas tengan que tomar entre seis y diez materias por semestre⁸⁰. Claro, tomar este número de cursos sólo es posible si el rol del estudiante no es distinto a recibir pasivamente la información impartida por el profesor. El tiempo que el estudiante debe invertir en asistir a estos cursos, entre 18 y 30 horas de clase semanales, exige que así sea. El espacio para la investigación, así como

76 Richard J. Wilson, *The New Legal Education in North and South America*, en *THE CIVIL LAW TRADITION: EUROPE, LATIN AMERICA, AND EAST ASIA, CASES AND MATERIALS*, pág. 872, (John Henry Merryman, David S. Clark, John O. Haley, eds., 1994).

77 Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 546. En otras ocasiones, cuando los profesores asignan jurisprudencia para que sea discutida en clase, ésta se lee e interpreta como si fuera una ley. Es decir las características específicas de la jurisprudencia, su conexión con los hechos, su justificación explícita, su posición en una línea jurisprudencial, por ejemplo, se pierden completamente. El profesor extrae el mandato jurídico de la sentencia y lo transmite a los estudiantes. Ley y jurisprudencia se presentan como normas jurídicas formalmente idénticas.

78 Véase *id.*, pág. 546-547.

79 Aún más, los programas de las facultades de derecho latinoamericanas tienden a ser rígidos. En México, por ejemplo, los cursos obligatorios componen el 80% de los programas. Pérez Hurtado, *supra*, nota 75, pág. 584.

80 Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 546-547.

para la apropiación por parte del estudiante de las ideas que se discuten en las clases resulta, en la práctica, inexistente.

En tercera instancia, la educación jurídica formalista promueve la separación entre dogmática, teoría del derecho y formación clínica, así como la primacía de la primera por sobre las otras⁸¹. El núcleo de las estructuras curriculares deben ser las clases de dogmática jurídica. Estas son clases donde los profesores y estudiantes se acercan al derecho a través de los códigos y tratados en los cuales, se supone, se ha sistematizado el área del derecho bajo estudio. Las clases de filosofía del derecho, teoría del derecho, teorías de la justicia, o los cursos clínicos no se incluyen en las mallas curriculares o son marginales⁸². Por tanto, esto implica que los profesores de teoría, o clínicos, ocupan una posición política baja dentro de la jerarquía informal que se da en todas las estructuras universitarias. Esto implica, por ejemplo, que la distribución de los recursos no favorezca a estas materias y profesores, por ejemplo, con la contratación de planta o la financiación de sus investigaciones.

Esta disociación también tiene como consecuencia la separación entre teoría y práctica. Una cosa es la dogmática, que supuestamente le dará al joven abogado las herramientas para actuar en la práctica profesional, y otra cosa, el discurso filosófico en torno al derecho que el formalismo considera más bien inútil⁸³. No obstante, para el formalista resultan todavía más inútiles las experiencias prácticas que ocasionalmente tienen los estudiantes en las facultades de derecho. En la medida en que la teoría del derecho y en la práctica jurídica clínica la ley no es el único y fundamental objeto de estudio, el formalista las considera como materias prescindibles o secundarias⁸⁴.

81 “Generalmente, las instituciones que ofrecen un diploma en derecho funcionan únicamente como centros de transmisión de conocimiento. Menos del 20% desarrollan investigación u otro tipo de actividades académicas”. Véase *id.* pág. 548.

82 Véase Laing, *supra* nota 69, pág. 374.

83 En Argentina, por ejemplo, algunos críticos dicen que el derecho se enseña “como una religión, sin que haya espacio para la crítica o la discusión”. La perspectiva formalista presenta a la ciencia jurídica como un “producto terminado” eliminando así cualquier espacio para su evaluación. Véase *id.* El autor cita a María Inés Bergoglio, *Las facultades de derecho argentinas: entre las tradiciones y los esfuerzos de cambio*, en LA FORMACIÓN JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA: TENSIONES E INNOVACIONES EN TIEMPOS DE LA GLOBALIZACIÓN (Rogelio Pérez-Perdomo y Julia C. Torres eds., 2006).

84 De manera interesante, los estudiantes parecen insatisfechos con la falta de entrenamiento jurídico práctico. Algunas investigaciones sugieren que esta insatisfacción se debe a la ausencia de este tipo de educación. Véase Wilson, *supra* nota 76, pág. 875. Algunos formalistas pueden considerar que las clínicas son útiles porque permiten que el estudiante se acerque a la práctica profesional. En particular, pueden calificar positivamente las clínicas latinoamericanas tradicionales que enfrentan los problemas de acceso a la justicia de las personas de escasos recursos económicos. Sin embargo, para ellos mismos este tipo de clases no tiene igual importancia que un curso de dogmática jurídica. Ver más adelante las diferencias entre las Clínicas de Acceso a la Justicia y las Clínicas Cambio Social Estructural.

Ahora bien, resulta extraño que este tema usualmente se presente como un debate sobre la relación entre teoría y práctica⁸⁵. La dogmática jurídica que favorecen los profesores formalistas es teoría, no práctica. La diferencia está sólo en el nivel de abstracción que ésta y la filosofía del derecho tienen. Mientras que la dogmática tiene un nivel medio de abstracción, siempre anclada a la ley, la teoría del derecho tiende a alcanzar niveles altos de abstracción dado que se preocupa de problemas con un mayor grado de generalidad. De igual modo, si el profesor formalista está convencido de que las facultades de derecho deben invertir todos sus esfuerzos en formar únicamente practicantes del derecho, debería estar comprometido con los cursos clínicos que permiten que los estudiantes desarrollen habilidades centrales para actuar competentemente en la profesión. De esta forma, el debate no se da realmente entre profesores “teóricos” y profesores “prácticos”, sino entre profesores con distintos conceptos de derecho y, consecuentemente, con ideas distintas de lo que debe ser la educación jurídica.

En cuarta instancia, la educación jurídica formalista está comprometida con la separación entre derecho privado y derecho público, así como entre las sub-áreas existentes en cada uno de estos campos, entre otros, derecho penal, laboral, civil y comercial. El núcleo de cualquier malla curricular, afirma el formalismo latinoamericano, debe ser el derecho privado⁸⁶. La tradición civilista a la que pertenece el derecho de los países de la región se ocupa principalmente de las relaciones entre los ciudadanos, no de las relaciones entre el Estado y el individuo⁸⁷. Como se dijo anteriormente, en el derecho romano se encuentran las bases del derecho privado latinoamericano⁸⁸. El derecho regula las relaciones entre las personas; la política, las interacciones entre el Estado y los sujetos. El derecho público se presenta en el formalismo como un campo donde la separación entre lo estrictamente jurídico y lo político se desvanece.

No hay que olvidar que, como una herencia del liberalismo francés decimonónico, en Latinoamérica todavía muchos abogados consideran que las constituciones políticas son textos meramente aspiracionales, sin ningún valor normativo. De ahí, por ejemplo, que en Colombia, antes de la expedición de la Constitución de 1991, la carta de derechos era incluida en el código civil para que pudiera ser aplicada por los funcionarios públicos

85 Véase Laing, *supra* nota 69, pág. 374.

86 “Los aspectos negativos de este conservadurismo son la falta de interés en cuestiones técnicas y el método científico para el avance de la universidad y el progreso, social y económico, de una sociedad que privilegia el derecho privado y el individuo con riqueza por sobre la colectividad y el derecho público”. Véase *id.* pág. 373.

87 Véase MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 6.

88 Para una crítica del carácter homogéneo de la tradición romano germánica y sus conexiones con el derecho contemporáneo. Véase PG. Monateri, *Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*, en LA INVENCION DEL DERECHO PRIVADO. pág. 95-216 (2006).

y exigida por los ciudadanos. De ahí también, que en Colombia y México hubiera tanta resistencia en la comunidad jurídica para aceptar lo que se ha llamado la constitucionalización del derecho privado⁸⁹. Un proceso en que las fronteras entre derecho privado y público se vuelven porosas y donde el primero es interpretado a la luz del segundo, particularmente de la constitución que se entiende ahora como norma suprema del ordenamiento jurídico y de aplicación directa e inmediata. Los formalistas argumentan que este proceso de interacción entre las dos principales áreas del derecho ha desnaturalizado al derecho privado⁹⁰. Cada uno de estos campos jurídicos responde a lógicas distintas que por ende deben mantenerse separadas. El formalismo adiciona que esta separación debe darse entre las áreas más precisas que componen al derecho privado y el derecho público. Consecuentemente, es una excepción que en una clase de derecho comercial se evidencien los cruces e interacciones que éste tiene con el derecho civil y mucho menos con el derecho penal o el constitucional.

En quinta instancia, la educación jurídica formalista es memorística⁹¹. Los alumnos deben tener la capacidad de retener y repetir los contenidos de tantas leyes como sea posible⁹². La excelencia académica está directamente relacionada con la posibilidad de dar cuenta de cada una de las palabras que conforman las reglas creadas por el legislador. La capacidad de recordar con precisión los contenidos de la ley resulta fundamental para tener éxito en la facultad de derecho. Esta característica de la educación del derecho en Latinoamérica se hace evidente de manera particularmente fuerte en

89 Véanse NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PRIVADO. EL DEBATE, (Beatriz Espinosa y Lina Marcela Escobar coordinadoras, 2008); y Berta Ramírez Arcel, *Los principios generales del derecho. Reflexiones a partir del pensamiento romanista en torno a la necesidad de su aplicación en el sistema jurídico mexicano*, XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, San José, Costa Rica, Universidad Interamericana y Universidad de Costa Rica, 2008, disponible en: http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/derecho_romano/2_mesa_simultanea/Bertha_Alicia_Ramirez_Arce1.pdf.

90 Jaime Alberto Arrubla Paucar, *La constitucionalización del derecho de los contratos*, en NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO PRIVADO. EL DEBATE, (Beatriz Espinosa y Lina Marcela Escobar coordinadoras, 2008).

91 Laing hace referencia a la clase magistral y describe haber observado a un “profesor joven de derecho internacional recitar de memoria las ideas de Aquino y Suárez a los estudiantes leyendo en voz alta normas del Código Civil, con el profesor, nuevamente sin notas, explicando su significado; y un tipo de enseñanza “martillo” donde el profesor ansiosamente presenta los principios jurídicos en orden ‘primero, segundo, tercero’, seguido, en intervalos, de la pregunta ‘¿Me explico o no me explico?’. Laing, *supra* nota 69, pág. 375.

92 Algunos críticos de la educación jurídica colombiana, por ejemplo, argumentan que ésta enfatiza en la memorización de los códigos a expensas del desarrollo de habilidades relacionadas con el razonamiento jurídico, el juicio y materias éticas. Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 549, donde cita *Colombia, el abogado en el tiempo de la gente. Realidad y prospectiva de la enseñanza del derecho en Colombia*, en DIAGNÓSTICO DE LA EFICACIA DEL DERECHO EN COLOMBIA Y OTROS ENSAYOS (1995).

las evaluaciones. Los exámenes orales o escritos en que se pregunta por la definición de un concepto jurídico o la enumeración de los requisitos necesarios para que un contrato determinado se considere válido, son hoy en día comunes en las universidades latinoamericanas.

En sexta instancia, la educación formalista es una educación descontextualizada. El derecho puede, y debe, estudiarse sin aludir a la sociedad donde se promulga y aplica⁹³. El estudiante debe conocer únicamente las leyes que estructuran el ordenamiento jurídico el cual, como se dijo, es considerado como un sistema cerrado y completo⁹⁴. El estudiante debe moverse con fluidez en los caminos que llevan de los principios a las reglas y de las reglas a los principios. Lo que suceda en las áreas de la sociedad que colindan con los límites claros y precisos del ordenamiento jurídico no tiene ninguna importancia para los operadores jurídicos.

En séptima instancia, el formalismo ofrece a los estudiantes una educación acrítica⁹⁵. Las preguntas por la legitimidad y eficacia de las normas jurídicas resultan irrelevantes. Los temas relacionados con la justificación moral del derecho y sus consecuencias, se argumenta, son objetos de estudio apropiados para los departamentos de filosofía y sociología, no para las facultades de derecho. Es común que los profesores evadan o descalifiquen las preguntas de los estudiantes sobre la justificación moral o política de alguna norma, o las consecuencias efectivas que ésta genera en la sociedad. Estas preguntas, se dice, deberían hacerse a los politólogos y filósofos políticos. En “esta clase”, se concluye en muchas de las clases formalistas, “se viene a estudiar derecho, no humanidades o ciencias sociales”.

En octavo lugar, la educación jurídica formalista considera a la clase magistral como único método de enseñanza⁹⁶. Este método, tal y como es interpretado por el formalismo, parte de dos premisas. Por un lado, existe una relación vertical entre profesor y alumno. El primero domina y transmite un conocimiento experto; el segundo lo desconoce y recibe pasivamente. Por otro lado, en la interacción entre profesores y alumnos no se crea conocimiento. El saber no tiene la posibilidad de construirse colectivamente en los salones de clase, éste preexiste al encuentro material que se da entre instructores y estudiantes. Esto no quiere decir que la clase magistral sea necesariamente un método de enseñanza formalista. Este tipo de clase puede cumplir fines valiosos dentro de una facultad de derecho cuando se usa en conjunto con otros métodos pedagógicos. Puede, por ejemplo, ser el espacio

93 Véase, e.g., Laing, *supra* nota 69, pág. 375. El autor se percató de que “la ausencia virtual de un elemento crítico proveniente de las ciencias sociales en la educación que se ofrece”.

94 Véase *supra* el texto que acompaña las notas 47-54.

95 Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 548.

96 Véase *id.*, pág. 547. Esto no quiere decir que la clase magistral sea necesariamente formalista. En otros contextos teóricos y prácticos puede ser un método más de los que dispone un profesor para cumplir con sus objetivos pedagógicos.

en que profesores experimentados presentan el marco teórico que permitirá aproximarse a un problema jurídico particular, marco y problema, aspectos que luego serán puestos en cuestión en seminarios guiados por profesores que inician su carrera académica.

Finalmente, en novena instancia, el formalismo ha determinado que la docencia y la investigación jurídica hayan sido adelantadas por profesores hora-cátedra⁹⁷. La profesionalización de la academia jurídica es un fenómeno reciente e incipiente en la mayor parte de las facultades de derecho latinoamericanas. El cuerpo docente, históricamente, ha estado constituido por abogados practicantes y jueces. Las clases se dictan y los tratados se escriben fuera de la jornada laboral –muy temprano en la mañana o tarde en la noche⁹⁸–. En la medida que la facultad de derecho está dirigida fundamentalmente a la formación de profesionales que conozcan las creaciones del legislador y los retos prácticos básicos que impone la vida laboral del abogado, no se considera una necesidad la contratación de profesores dedicados de tiempo completo a la docencia y la investigación jurídica⁹⁹. Los litigantes/ asesores y jueces son quienes detentan el saber necesario para educar a las nuevas generaciones de abogados¹⁰⁰. La práctica privada y la vida en la judicatura mantienen y actualizan constantemente ese saber. Sin la menor duda, algunos de estos profesores están comprometidos con la docencia y la creación de conocimiento jurídico. Sin embargo, las restricciones impuestas por los trabajos exigentes de abogado practicante y juez, no les permiten dedicarle mayor tiempo a la academia.

Ahora bien, la hegemonía de la educación jurídica formalista también ha condicionado aspectos centrales de la práctica profesional latinoamericana. En el ámbito judicial, el formalismo ha logrado que la interpretación mecanicista de la decisión judicial se convierta en el referente central para describir y evaluar el trabajo de los jueces latinoamericanos¹⁰¹. De hecho, esta interpretación ha sido interiorizada por buena parte de la judicatura. Argumentos como la neutralidad del juez, la interpretación exegética y la supremacía de ley en el sistema de fuentes son comunes en el discurso que los propios jueces usan para describir y evaluar la labor que desarrollan como autoridades públicas¹⁰². De igual forma, el formalismo ha relegado

97 Véase Wilson, *supra* nota 76, pág. 873.

98 Véase en general Jon Mills, *Legal Education in the Americas: The Anchor for Hemispheric Justice*, 17 FLA. J. INT'L L. 3 (2003); MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 109.

99 Véase Montoya Vargas, *supra* nota 30, pág. 548. “Más del 90% de los profesores de derecho combina la docencia con la práctica profesional, y la mayoría de los programas de derecho no tienen profesores de tiempo completo”.

100 Véase PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 2, pág. 10-13.

101 Véase LÓPEZ MEDINA, *supra* nota 43.

102 Véase, e.g., MERRYMAN Y PÉREZ-PERDOMO, *supra* nota 40, pág. 35. En este punto, los autores comparan el papel del juez en la tradición civilista con el de los funcionarios públicos gubernamentales.

el mercado laboral de los abogados a la práctica profesional privada o a la burocracia estatal. La mayor parte de los jóvenes abogados ni siquiera contempla la posibilidad de trabajar en organizaciones no gubernamentales, oficinas de abogados dedicadas al derecho de interés público o la academia. Este tipo de trabajos no se ajusta a la imagen del abogado con el que están comprometidos implícita o explícitamente. No concuerda con la identidad del abogado ideal que han construido de la mano del formalismo¹⁰³. El “verdadero abogado”, se afirma, se dedica al litigio, a la consultoría privada, o a ocupar los cuadros medios de la burocracia estatal.

La primacía del mecanicismo judicial para describir lo que los jueces hacen o deben hacer y la restricción injustificada del mercado laboral del abogado¹⁰⁴, son algunas de las consecuencias que el formalismo jurídico ha generado para la práctica profesional. Sin embargo, para los fines que persigue este texto, hay otros tres efectos que resultan de mayor importancia. El primero es la formación de abogados que tienden a no reconocer sus obligaciones morales con respecto a la comunidad política¹⁰⁵. El único deber que deben atender, se dice continuamente, es el de representar de manera competente y ética los intereses de sus clientes¹⁰⁶. De esta forma, los abogados formalistas pierden de vista las responsabilidades sociales que genera el hecho de detentar un saber experto al que pocos individuos tienen acceso y que tiene importantes efectos en la construcción de la esfera pública de los países de la región¹⁰⁷.

103 Véase *id.*, pág. 102-103.

104 Joseph R. Thome sostiene que “[e]n tanto que los servicios jurídicos normalmente se venden en el mercado, los servicios jurídicos privados son tan inalcanzables para los pobres como lo es cualquier otro bien costoso”. Joseph R. Thome, *New Models for Legal Services in Latin America*, 6 HUM. RTS. Q. 521, pág. 527 (Nov. 1984).

105 Mirow observó que “[a] pesar de que los colegios de abogados se han abierto a un rango más amplio de la sociedad, los abogados siguen representando para muchos la mano represiva del poder y el Estado. De manera similar, el acceso a los servicios jurídicos para los pobres sigue siendo un problema significativo y, en gran medida, no confrontado, a lo largo de la región”. M.C. MIROW, *LATIN AMERICAN LAW: A HISTORY OF PRIVATE LAW AND INSTITUTIONS IN SPANISH AMERICA 192* (2004).

106 Alejandro Linares, *La ética como actitud: reflexiones sobre el ejercicio de la profesión en una firma de abogados*, REVISTA MAYÉUTICA, pág. 14-19 (2009).

107 María Inés Bergoglio, *Transformations in the Legal Profession in Latin America: Legal Firms and New Professional Discourses 19*, disponible en: http://cordoba.academia.edu/MariaInesBergoglio/Papers/901799/Transformations_in_the_Legal_Profession_in_Latin_America_Legal_Firms_and_New_Professional_Discourses. En el texto se señala que “[l]os valores que se conectan con la vida pública –realmente importantes en el discurso de los colegios de abogados latinoamericanos– escasamente están presentes acá [en el discurso de las grandes firmas de abogados latinoamericanas], especialmente en las afirmaciones relacionadas con los objetivos articulados por la oficina de abogados en tanto organización. En la región, las asociaciones profesionales tradicionalmente definen el papel del abogado basándose en los modelos europeos, enfatizan la importancia del compromiso con el desarrollo de la legalidad y la construcción de la justicia. Por el contrario, las empresas analizadas acá escogieron objetivos conectado con su relación privada con el cliente, antes que con el Estado o la comunidad como un todo”.

Resulta particularmente dicente e ilustrativo, por ejemplo, que las palabras “trabajo pro bono” no tengan sentido para la mayor parte de los abogados latinoamericanos¹⁰⁸. Este concepto sólo recientemente ha empezado a permear algunos pocos sectores de las comunidades jurídicas latinoamericanas, particularmente el de las grandes firmas de abogados¹⁰⁹. El compromiso con el trabajo jurídico no remunerado realizado “en bien de la comunidad” y que se evidencia en la redacción y firma de la Declaración Pro Bono de las Américas, así como en la creación y consolidación de fundaciones que promueven este tipo de labor en Chile, Argentina y Colombia son la excepción antes que la regla¹¹⁰. La posición de la mayoría de abogados latinoamericanos se muestra más bien en el hecho de que algunas grandes oficinas de la región hayan decidido no suscribir esta declaración, en la medida en que les parecía excesiva la única obligación efectiva que les genera a sus firmantes: dedicar 20 horas al año por abogado al trabajo pro bono. Es decir, a estas firmas les parece excesivo dedicar menos de un día al año a algún tipo de trabajo jurídico no remunerado que contribuya a garantizar valores como el acceso a la justicia, el debido proceso o la justicia material.

El segundo efecto, directamente relacionado con el anterior, es la separación radical entre comunidad jurídica y sociedad¹¹¹. Los abogados,

108 Véase Thome, *supra* nota 104, pág. 527.

109 “El Centro Cyrus R. Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York, ha venido colaborando, como parte de sus programas, con abogados, colegios de abogados y organizaciones no gubernamentales en Sudamérica apoyando esfuerzos locales para promover e institucionalizar los servicios jurídicos pro bono (...) S. Todd Crider, socio de Simpson Thacher & Bartlett, quien dirige el comité del colegio en el Centro Vance, afirma que en Sudamérica, hasta hace poco, “el trabajo pro bono no era parte del vocabulario jurídico. Ahora la mayoría de las firmas que tienen un tamaño significativo en estos tres países ha desarrollado una política pro bono, o está en proceso de hacerlo”. William Dean, *Pro Bono: A Professional and Ethical Obligation*, N.Y.L.J., Jan. 2, 2004, disponible en: http://www.probono.net/ny/news/article.47740-Pro_Bono_A_Professional_and_Ethical_Obligation.

110 Para información sobre las fundaciones Pro Bono en Colombia, Chile y Argentina véanse respectivamente, <http://probono.org.co/>; <http://www.probono.cl/>; <http://www.probono.org.ar/> La Declaración Pro Bono de las Américas puede consultarse en: http://www.abcnyc.org/VanceCenter/PBDA/PBDA_English.pdf

111 Véase *id.* “Durante el periodo que estamos examinando en algunas universidades existe la percepción de que las facultades de derecho no le han seguido el paso a los cambios sociales y que los programas de derecho se han quedado atrás. Esta percepción puede haber sido consecuencia de la rapidez con la que se dan los cambios sociales que se opone a los más lentos y difíciles en el currículo y en los métodos de enseñanza en las facultades de derecho. Las sociedades latinoamericanas han venido enfrentando severos problemas de pobreza, marginalidad, criminalidad y brutalidad policiaca, al mismo tiempo que experimentan transformaciones políticas, algunas muy rápidas, una revolución en las comunicaciones y una mayor integración en la economía global. Sin embargo, estos problemas no parecen afectar a las facultades de derecho que aparecen protegidas por una cultura de códigos y libros viejos”. Es importante anotar que Pérez-Perdomo también señala cambios en estas materias. Rogelio Pérez-Perdomo, *Legal Education in Late Twentieth-Century Latin America*, en *LAW IN MANY SOCIETIES*, pág. 63 (Lawrence Friedman, Rogelio Pérez-Perdomo & Manuel Gómez eds., 2011).

como colectivo, usualmente se preocupan muy poco por los problemas y necesidades de la comunidad política. Comúnmente, las asociaciones, colegios o firmas de abogados no se preguntan por los caminos a través de los cuales el sistema jurídico y los profesionales del derecho pueden contribuir a solucionar los conflictos sociales o materializar los proyectos políticos normativos comunes, por ejemplo, la consolidación del Estado de derecho¹¹². Los colectivos que reúnen a los abogados, la mayor parte de las veces, son asociaciones que buscan el lucro de sus miembros o la defensa de intereses gremiales. Esta separación entre comunidad jurídica y realidad hace que el derecho muchas veces deje de considerarse un medio para alcanzar objetivos valiosos en la comunidad política y pase a convertirse en un fin en sí mismo, o en un medio para garantizar el beneficio patrimonial de aquellos que conocen su discurso especializado.

El tercer efecto, tiene que ver con las dificultades que tienen los abogados jóvenes para aplicar la información que aprendieron en la facultad¹¹³. Una vez que se gradúan, los abogados se encuentran con grandes dificultades para actuar en la práctica profesional aunque conozcan con mayor o menor precisión las normas jurídicas aplicables a las actividades o conflictos que enfrentan. Los jóvenes abogados evidencian rápidamente, a través del choque directo con la realidad práctica, que no han desarrollado o consolidado destrezas fundamentales para actuar competentemente en la profesión¹¹⁴. Carecen de habilidades para la argumentación jurídica escrita u oral, no saben entrevistar un cliente para precisar los hechos jurídicamente relevantes del caso, no saben trabajar en equipo con colegas o profesionales de otras disciplinas, o redactar un contrato común en la práctica privada.

En tanto que la educación jurídica formalista gira en torno a la información, las materias que permitan el desarrollo de destrezas no existen dentro del currículo o están en los márgenes del mismo. Esto no quiere decir que las facultades de derecho deberían tener como objetivo la formación de abogados “técnicos” destinados a trabajar en las oficinas de abogados o en los niveles medios del Estado. Quiere decir que las facultades de derecho deben garantizar que sus graduandos, luego de pasar cinco años en la universidad, desarrollen las habilidades propias de la disciplina en unos niveles aceptables. Estas destrezas permitirán que los jóvenes abogados puedan actuar con competencia en los diversos nichos que el mercado laboral les abre, desde las organizaciones internacionales hasta las organizaciones no

112 Véase Thome, *supra* nota 104, pág. 534.

113 En el contexto estadounidense este problema fue presentado de manera paradigmática por Jerome Frank, *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, 81 U. PA. L. REV. 907 (1933).

114 Véase, e.g., Alfredo Fuentes-Hernández, *Globalization and Legal Education in Latin America: Issues for Law and Development in the 21st Century*, 21 PENN ST. INT'L L. REV. 40, 46 (2003). El autor describe la necesidad de más cursos que desarrollen “habilidades prácticas en los programas de derecho latinoamericanos”.

gubernamentales de base, pasando por el Estado y las firmas de litigantes o consultores. La afinación de estas destrezas o la adquisición de algunas más especializadas, ciertamente, deben dejarse al nuevo ciclo de aprendizaje que se inicia cuando se entra en el mercado laboral.

3. LAS CLÍNICAS DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO Y EL FORMALISMO JURÍDICO

Las clínicas de interés público son uno de los espacios donde se ha venido dando la lucha contra del formalismo jurídico, la academia y la práctica que este concepto del derecho ha generado en Latinoamérica¹¹⁵. Los tres principales objetivos que generalmente persiguen las clínicas de interés público ponen en cuestión los ejes que estructuran al formalismo¹¹⁶. Por un lado, el derecho se concibe como un instrumento de cambio social, interpretado y utilizado como una herramienta para la creación de una sociedad más justa¹¹⁷, aunque las distintas experiencias de clínicas latinoamericanas asuman interpretaciones diversas, o lo que esta idea exige en un caso particular. De ahí que el trabajo de las clínicas latinoamericanas se haya concentrado en proyectos de protección de los derechos de las minorías, comunidades indígenas y homosexuales, por ejemplo; la protección de bienes jurídicos colectivos, como el ambiente y la salubridad pública, o la defensa de principios constitucionales básicos como el acceso a la justicia de todos los ciudadanos¹¹⁸.

Por otro lado, las clínicas de derecho de interés público están comprometidas con la enseñanza experiencial¹¹⁹. Este tipo de proyectos considera que los currículos deben incluir materias que permitan a los estudiantes “aprender haciendo”. Los alumnos deben desarrollar actividades típicas de la práctica jurídica de manera que puedan desarrollar destrezas e interiorizar información

115 El cuestionamiento al formalismo jurídico se da también en otros contextos, por ejemplo, en las reformas curriculares, la introducción de métodos de enseñanza activos y la contratación de profesores de tiempo completo. Este tipo de decisiones antiformalistas se han tomado en instituciones como la Universidad Diego Portales, Universidad de los Andes, Universidad Getulio Vargas, Universidad Torcuato Di Tella y el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

116 Bloch plantea que la enseñanza experiencial, el uso del derecho como un instrumento de cambio social y el desarrollo de habilidades son tres objetivos centrales del movimiento clínico global. Bloch, *supra* nota 3.

117 Véase *id.*, pág. 123.

118 Erika Castro-Buitrago, Nicolás Espejo-Yaksic, Mariela Puga y Marta Villareal, *Clinical Legal Education in Latin America*, en THE GLOBAL CLINICAL MOVEMENT, pág. 69 -70 (Frank S. Bloch, ed., 2011). En el texto se hace referencia a que al concentrarse en estos temas, las clínicas latinoamericanas “atacan directamente la perspectiva formalista del derecho”.

119 Véase *en general*, James E. Moliterno, *Legal Education, Experiential Education, and Professional Responsibility*, 38 WM. & MARY L. REV. 71 (1996).

pertinente para la vida profesional¹²⁰. Estas actividades deben adelantarse bajo la constante guía y supervisión de un profesor. El diálogo continuo con el docente, así como con sus compañeros, resulta fundamental para que el estudiante pueda evaluar y aprender de sus acciones. La retroalimentación y la crítica permanente de sus pares y profesores son fundamentales para que el estudiante pueda tomar distancia de su propia práctica, sólo así podrá evidenciar sus fortalezas y debilidades, así como la manera en que deberá actuar en nuevos procesos de aprendizaje, dentro y fuera de la facultad, para que las primeras se consoliden y las segundas se neutralicen.

Finalmente, las clínicas de derecho de interés público consideran que la enseñanza del derecho debe tener como uno de sus objetivos centrales la adquisición de habilidades que la disciplina considera como propias¹²¹. No se argumenta que deba dejarse a un lado la enseñanza de contenidos; sin embargo, sí se enfatiza que los estudiantes deben aplicar esa información a la realidad social. Para alcanzar este objetivo necesitan desarrollar habilidades como la argumentación oral y la articulación de problemas jurídicos, desarrollar habilidades críticas para el cuestionamiento de las normas jurídicas existentes y adquirir estas destrezas actuando, esto es, enfrentándose a tareas como las que típicamente realiza un abogado en la práctica profesional¹²².

Las clínicas latinoamericanas de derecho de interés público pueden ser divididas en dos grandes grupos. Por una parte, aquellas que tienen como principal objetivo la defensa del derecho al acceso a la justicia de todos los ciudadanos, que en este texto quisiera llamar Clínicas Acceso a la Justicia (CAJ). Estas clínicas tienen como fin garantizar la defensa jurídica de calidad a personas de bajos recursos económicos¹²³. El caso típico es la representación de un individuo ante una corte penal, laboral o civil donde el estudiante busca defender los derechos de los que éste es titular. Un ejemplo de este tipo de clínicas son las que existen en todas las facultades de derecho colombianas desde hace un poco más de 30 años¹²⁴. Por mandato jurídico, todos los estudiantes de derecho de Colombia deben tomar por un año lo que se llama usualmente Consultorio Jurídico¹²⁵. Usualmente, cualquier ciudadano de escasos recursos puede acudir a ellas para pedir asesoría o solicitar que un estudiante de derecho lo represente ante un tribunal.

120 Véase Bloch, *supra* nota 3, pág. 122-123.

121 Véase *id.*, pág. 122.

122 Frank S. Bloch, Introducción en THE GLOBAL CLINICAL MOVEMENT, *supra* nota 118, pág. XXII.

123 Véase Bloch, *supra* nota 3, pág. 126.

124 Los consultorios jurídicos colombianos fueron creados por el Decreto N° 196 de 1971 y reglamentados posteriormente por el Decreto N° 765 de 1977, la Ley N° 23 de 1991 y la Ley N° 583 de 2000 (Colombia). Véase Beatriz Londoño Toro, *Las clínicas jurídicas de interés público en Colombia. Retos y posibilidades de una nascente experiencia*, en CLÍNICAS DE INTERÉS PÚBLICO Y ENSEÑANZA DEL DERECHO, pág. 9-47 (2003).

125 Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág. 78.

Como puede verse, las CAJ centran su trabajo en la defensa de los derechos de una persona dentro de un proceso judicial típico. Como lo hace generalmente un abogado privado, los estudiantes de los consultorios dejan a un lado los problemas que no afectan de manera directa e inmediata a su representado¹²⁶. De esta forma, no incluyen dentro de sus acciones, los conflictos sociales generales que pueden ser la causa del problema que enfrenta su cliente, o la necesidad de fijar un precedente judicial que pueda dar lugar a un cambio en la manera en que se resuelven los casos semejantes.

El segundo grupo de clínicas, que quisiera llamar Clínicas Cambio Social Estructural (CCSE), tiene como objetivo contribuir a la solución de un problema que afecta alguno de los cimientos de la estructura social¹²⁷. De esta forma, las CCSE no sólo buscan representar competentemente a su cliente sino que, con su conocimiento, aceptación y apoyo, intentan que haya una transformación estructural en la sociedad a través de la solución del conflicto que este individuo o grupo de individuos enfrenta¹²⁸.

Las siguientes tres son las estrategias más comunes que este tipo de clínicas emplean: primero, el litigio de alto impacto. Mediante esta estrategia, las CCSE buscan una transformación social macro a través de la presentación de un caso (o conjunto de casos) ante la administración de justicia¹²⁹. De tener éxito, se afectará positivamente a todos los individuos que enfrentan el problema en torno al cual gira la demanda. La presentación de una demanda de inconstitucionalidad que busca declarar inválida una ley que viola el derecho a la igualdad de las mujeres, resulta un buen ejemplo de este tipo de estrategias. Segundo, la asesoría legislativa. Mediante este tipo de herramienta, las CCSE buscan la aprobación de leyes consideradas de interés público, contribuir a la evaluación pública de los proyectos de ley que se cursan en las legislaturas, adelantar labores de cabildeo ante los congresistas –de manera que apoyen o cuestionen propuestas legislativas particulares– y redactar proyectos de ley que pueden ser presentados directamente, o por organizaciones sociales y/o políticas que compartan sus contenidos¹³⁰. Tercero, adelantar labores de pedagogía jurídica que permitan

126 “Los programas clínicos en que los estudiantes representan a clientes individuales funcionan de manera parecida a una oficina de asistencia jurídica tradicional”. Véase Bloch, *supra* nota 3, pág. 128.

127 Esta clasificación señala los casos típicos. Sin embargo, algunas clínicas pueden estar situadas en algún lugar intermedio dentro del rango que establecen las CAJ y CCSE. Así, por ejemplo, algunas clínicas pueden combinar litigio estratégico con la representación ocasional o continua de clientes individuales.

128 Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág.79.

129 Véase, e.g., Bloch, *supra* nota 3, pág. 129. El autor describe movimientos que “tienen como objetivo cuestionar norma institucionales, buscando la transformación de estas normas ya sea a través de cambios incrementales o, más frecuentemente, a través de cambios radicales”.

130 Véase Thome, *supra* nota 104, pág. 532.

que los ciudadanos, particularmente los que pertenecen a grupos vulnerables o históricamente discriminados, conozcan sus derechos y los medios jurídicos que existen para defenderlos. Proyectos de educación en las prisiones son un ejemplo ilustrativo de este tipo de estrategias. En estos proyectos se busca que los internos conozcan sus derechos y los medios jurídicos para enfrentar las acciones de los funcionarios de las penitenciarías que violan estos derechos.

Como puede verse, las CAJ y las CCSE son complementarias. Mientras éstas últimas enfrentan –acudiendo a una metáfora geológica– problemas tectónicos, aquellas enfrentan problemas de superficie¹³¹. De esta forma, los asuntos que manejan están interrelacionados estrechamente. Los problemas en las placas, que constituyen la estructura de la comunidad política, son la causa de buena parte de los problemas de la superficie social. Mientras que las CAJ se centran en los derechos de los individuos que representan, las segundas se concentran en las tensiones estructurales que generan los conflictos que sus clientes y otros individuos en situaciones análogas enfrentan. Los dos tipos de tareas tienen enorme importancia.

Así, por ejemplo, para el cliente que llega a un consultorio jurídico colombiano, resulta fundamental que el estudiante que lo representa interponga en su nombre una acción de tutela que le permita acceder a un medicamento o un procedimiento médico que una empresa prestadora de salud le ha negado. Los derechos que le interesan a este individuo son, con toda razón, su derecho a la salud y a la vida. El problema general del sistema de seguridad social que lleva a que un número muy alto de ciudadanos no tenga acceso a los servicios necesarios para enfrentar eficientemente los problemas de salud que los aquejan, no resulta central para este ciudadano o para el estudiante que lo representa. Sin embargo, sí es de principal interés para las CCSE, pues su objetivo es lograr que, a través de un caso particular, se pueda generar una reforma general del sistema de seguridad social que obligue a las empresas prestadoras de salud a satisfacer las necesidades justas de sus afiliados. Este objetivo puede implicar, por ejemplo, articular una estrategia de litigio que obligue a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre este tema estructural, o redactar un proyecto de resolución que, luego del cabildeo necesario, permita que el Ministerio de Salud cambie los medicamentos o procedimientos médicos incluidos en los planes obligatorios de salud.

Los dos tipos de clínicas trabajan en frentes distintos pero con un fin común: la consolidación del Estado de derecho en los países de la región. Aunque cada una de las clínicas latinoamericanas defiendan interpretaciones distintas de lo que éste exige, todas buscan que la comunidad política

131 El uso de esta metáfora no pretende sugerir que los problemas de superficie sean menos importantes; únicamente que son distintos a los tectónicos, aunque estén muchas veces entrelazados.

materialice los mandatos que se reúnen en las cartas políticas que rigen en sus países. Las CAJ enfrentan, principalmente, uno de los problemas más serios que tienen las democracias latinoamericanas: la imposibilidad que tiene la mayoría de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia u obtener servicios jurídicos de calidad. Los servicios que prestan estas clínicas son urgentes y de inmensa importancia para los ciudadanos, pues generalmente enfrentan conflictos que podrían afectar notablemente la libertad o el patrimonio de las personas más pobres de la sociedad. De igual forma, este tipo de clínicas permite que los estudiantes se acerquen a la realidad social de los países en que residen, tengan consciencia de sus deberes profesionales y desarrollen las habilidades necesarias para actuar competentemente en la práctica profesional.

Las CCSE enfrentan distintos tipos de problemas tectónicos que afectan a las comunidades políticas de la región. Lo que resulta fundamental para este tipo de clínicas no es el tema particular, sino el impacto que tiene sobre poblaciones vulnerables y su carácter estructural. Este tipo de clínicas asumen casos que van desde la violación sistemática de los derechos culturales de las comunidades indígenas¹³², hasta el desconocimiento histórico del derecho a la igualdad de las minorías sexuales¹³³, pasando por la violación continua de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres latinoamericanas. De igual forma, asumen casos que encaran el racismo estructural que existe en muchos de nuestros países¹³⁴, la discriminación pública y privada de los ciudadanos de escasos recursos económicos –una característica de países de la región con niveles de desigualdad históricos notables¹³⁵– y el esfuerzo continuo de muchos gobiernos latinoamericanos por controlar la información disponible en la sociedad¹³⁶.

132 JUSTICIA COLECTIVA, MEDIO AMBIENTE Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA LEY FORESTAL (Daniel Bonilla Maldonado, coord., 2010).

133 Universidad de los Andes – Colombia Diversa, PAREJAS DEL MISMO SEXO: EL CAMINO HACIA LA IGUALDAD, (2008) y el Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile llevado por la clínica de derecho e interés público de la Universidad Diego Portales, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/discriminacion-por-opcion-sexual-caso-atala/>. Véase también, el caso de la píldora del día después en el que participó la clínica de derecho e interés público de la Universidad Diego Portales, disponible en: http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/derechos_muj.pdf.

134 Véase el trabajo del Observatorio de Discriminación Racial de la Clínica Justicia Global de la Universidad de los Andes en conjunto con otras organizaciones colombianas, disponible en: http://www.justiciaglobal.info/index.php?option=com_content&task=view&Itemid=3&id=49.

135 Véase, por ejemplo, el caso Moneditas llevado por la clínica de la Universidad de Palermo, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/clinicas_juridicas/caso_moneditas.html.

136 Véase, por ejemplo, el trabajo que hace la clínica de acceso a la información de la Universidad de Palermo, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/clinicas_juridicas/clinica%20acceso_informacion_publica.html.

Ahora bien, aunque el trabajo de las CAJ y CCSE son complementarios, su institucionalización se ha dado en momentos distintos. En Latinoamérica, las CAJ emergen y se institucionalizan antes que las CCSE, como consecuencia de las acciones que adelantó el movimiento sobre derecho y desarrollo¹³⁷ a favor de la educación jurídica clínica y su financiación por parte del United States Agency for International Development y la Fundación Ford en los años sesenta y setenta¹³⁸. Las clínicas que existen en universidades colombianas y chilenas son un buen ejemplo de este tipo de proyectos. En contraste, las CCSE son mucho más recientes. Las primeras clínicas de este tipo surgen a mediados de la década del 90, como consecuencia de los esfuerzos de algunos profesores de derecho comprometidos con la justicia social¹³⁹. Las clínicas de derecho de interés público de las universidades de Palermo y Diego Portales son buenas ilustraciones de esta primera generación de CCSE en la región¹⁴⁰. No obstante, la mayor parte de las CCSE latinoamericanas surgen en los últimos cinco a siete años; por ejemplo, la clínica de la Fundación Getulio Vargas en San Pablo (Brasil), la clínica de la Universidad de Rosario (Argentina), la nueva clínica del Instituto Tecnológico Autónomo de México y Justicia Global, el Grupo de Derecho de Interés Público y el Programa por la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (Colombia).

A pesar de que persiguen objetivos específicos distintos y que surgen en contextos diferentes, ambos tipos de clínica tienen como eje común el cuestionamiento al formalismo jurídico¹⁴¹. Estos proyectos, por tanto, se han enfrentado a serios obstáculos externos e internos que han dificultado su creación o desarrollo. La teoría y la práctica clínica chocan con el concepto de derecho dominante y, consecuentemente, con todos aquellos operadores jurídicos que lo defienden explícita o implícitamente.

137 David Trubek and Marc Galanter, *Scholars In Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in the United States*, 4 WIS. L. REV. 1062 (1974), pág. 1066; Peggy Maisel, *The Role of U.S. Law Faculty in Developing Countries: Striving for Effective Cross-Cultural Collaboration*, 14 Clinical L. Rev. 465 (2008); James A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, (1980), pág. 43.

138 Felipe González, *El trabajo clínico en material de derechos humanos e interés público en América Latina*, en ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO: UNA ALTERNATIVA A LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE FORMACIÓN DE ABOGADOS, (Marta Villareal y Christian Courtis, coordinadores, ITAM, 2007), pág. 188-191.

139 Véase *id.*, pág. 19-200.

140 Martín Bohmer, *Access to Justice and Judicial Reform in Argentina, Fifth Annual Colloquium of Clinical Legal Education 15–16 November 2002 Warsaw, Poland*, disponible en <http://www.pili.org/2005r/>

141 En ocasiones, sin embargo, surgen tensiones entre ambos modelos. Algunas de las CAJ son controladas por profesores formalistas que ven este tipo de trabajo como una forma de “complementar” marginalmente la educación de los estudiantes de derecho. De igual forma, algunos de estos profesores interpretan el trabajo clínico desde una perspectiva asistencialista. Finalmente, en algunas el trabajo que hace el estudiante se vuelve rutinario y, por consiguiente, pierde atractivo académico.

El primer obstáculo lo constituye la oposición política de las directivas y de algunos núcleos de profesores, tanto en las facultades de derecho como en otras facultades y en la administración central de las universidades¹⁴². Tres razones explican esta oposición: por un lado, las clínicas son vistas con recelo en tanto se les asocia automáticamente con visiones político-jurídicas de izquierda¹⁴³ en virtud de su compromiso con la defensa de los derechos de grupos históricamente discriminados o vulnerables de la sociedad. Por otro lado, se les ve como un riesgo para la hegemonía del formalismo jurídico. Los profesores conservadores ven con preocupación cómo los valores con los que están comprometidos —el legocentrismo y el enciclopedismo, por ejemplo— son cuestionados por el trabajo y la teoría de las clínicas. Finalmente, esta oposición aparece por lo que podríamos llamar el “conservadurismo institucional” de algunos directivos o profesores universitarios. La oposición de estas personas no se debe al contenido de las causas que adelantan las clínicas, sino a las consecuencias que estos proyectos pueden tener para la imagen pública, la gobernabilidad o la estabilidad institucional de la universidad.

En las universidades privadas, este temor aparece cuando el trabajo de las clínicas toca temas que afectan negativamente a los miembros de la propia comunidad. Por ejemplo, integrantes de las juntas directivas, ex alumnos, o grupos de investigación que dependen de financiamiento gubernamental o privado¹⁴⁴. En estos casos, las directivas se oponen al trabajo clínico debido a las tensiones que provoca en grupos de interés que componen la universidad, o con los que ésta interactúa constantemente. En las universidades públicas, el recelo frente a las clínicas aparece como consecuencia de los problemas políticos externos que sus proyectos pueden generar¹⁴⁵. Los partidos políticos u organizaciones no gubernamentales, por ejemplo, pueden cuestionar a la universidad por impulsar iniciativas con

142 Véase en general Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág.69-84. Los autores contextualizan la situación general de las clínicas en Latinoamérica y concluyen que, aunque existen programas exitosos, la educación clínica generalmente ha sido afectada negativamente por argumentos como los que aquí se presentan.

143 Esto no significa que todas las clínicas latinoamericanas están comprometidas con posiciones políticas de izquierda. La mayoría de estas clínicas pueden clasificarse fácilmente como promotoras de diferentes interpretaciones del canon liberal. El argumento hace referencia a la percepción que tienen algunas personas en las universidades donde las clínicas desarrollan su trabajo.

144 Véase, e.g., Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág. 73. En el texto se describe la situación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo donde “la Universidad encontró incompatible su imagen corporativa (especialmente en relación con empresas e intereses privados) y los casos socio-económicos adelantados por la clínica (...)”.

145 Véase *id.* pág. 73-74. Los autores describen la experiencia de la clínica de la Universidad de Tucumán donde “al gobernador no le gustaba la interferencia [de la clínica] en los asuntos públicos, y como resultado, cuando el decano fue cambiado, la clínica desapareció del currículo y los profesores fueron relevados de sus responsabilidades”.

altos contenidos políticos que generan división entre la ciudadanía. Este tipo de proyectos, se argumenta, no deben ser adelantados por una universidad pública que supuestamente no debe comprometerse con una orientación política particular. Estos cuestionamientos, pueden generar problemas en los consejos directivos de las universidades donde hay presencia del gobierno u obstaculizar decisiones de los ministerios o parlamentos sobre cómo ha de distribuirse el presupuesto entre las universidades públicas¹⁴⁶.

Usualmente, estas preocupaciones no se articulan en torno a los compromisos políticos o a los conceptos de derecho que cada grupo de profesores o directivos defiende. Mas bien, el debate aparece de manera implícita en controversias sobre cómo deben distribuirse los recursos escasos en la universidad, la imagen que la universidad debe proyectar en la esfera pública y las características que debe tener la malla curricular del programa de derecho¹⁴⁷. No obstante, tal oposición genera importantes y muy negativas consecuencias para las clínicas. Entre otras cosas, evita que reciban los recursos adecuados para funcionar apropiadamente, dificulta que sus profesores digan y hagan aquello que consideran necesario para cumplir con su misión¹⁴⁸, e impide que los valores con los que están comprometidos permeen las estructuras académicas de las facultades de derecho, por ejemplo, que la enseñanza experiencial haga parte importante de las prácticas pedagógicas de la facultad y se le dé importancia a las dimensiones éticas que debe tener la práctica profesional.

En segundo lugar, el número de profesores clínicos de tiempo completo es muy bajo y no existe voluntad política para contratar nuevos profesores que se dediquen a este tipo de proyectos o descargas para que los profesores de tiempo completo que así lo quieran puedan dedicar parte de su quehacer académico al trabajo clínico¹⁴⁹. Este problema tiene directa relación con el

146 Es importante notar que las experiencias existentes en las facultades de derecho públicas en Latinoamérica son CAJ. Las CCSE han sido creadas mayoritariamente por las universidades privadas donde es común que hayan sido constituidas por profesores de tiempo completo, con postgrados internacionales, con formación e inclinación por el trabajo teórico en el derecho.

147 Véase, e.g., Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág. 80. El texto señala que en Colombia los logros de las clínicas han sido “oscurecidos por cambios en el proceso de selección de los estudiantes (en algunos casos, no más entrevistas), el tamaño de los cursos (demasiados estudiantes), y la ausencia de coordinación (menos horas de trabajo clínico semanal). Igualmente frustrante es “la falta de recursos y voluntad para involucrar más de un profesor en la clínica”.

148 Es fundamental señalar que en las universidades latinoamericanas no existe un equivalente al *tenure*, como en el contexto académico anglosajón. Los profesores tienen contratos de corto plazo con las universidades y están sujetos a la legislación laboral como cualquier otro trabajador en la región.

149 En Colombia, por ejemplo “los consultorios jurídicos siguen siendo cursos más bien marginales en el currículo, con un relativo bajo impacto en el proceso general de aprendizaje. Como consecuencia, la mayoría de clínicas enfrentan obstáculos severos, como la ausencia de profesores de tiempo completo y presupuestos insuficientes para el manejo

hecho de que la profesionalización de la academia jurídica sea un proceso que apenas empieza a consolidarse en Latinoamérica. El número de profesores de tiempo completo sigue siendo muy bajo en la mayor parte de las facultades de derecho de la región¹⁵⁰. Es posible decir que las dificultades que enfrentan los proyectos clínicos son incluso mayores a los que enfrentan otras áreas de la facultad, en tanto que el formalismo jurídico dominante los considera marginales para la educación de las nuevas generaciones de abogados.

En tercer lugar, las clínicas latinoamericanas encuentran notables tropiezos para cumplir con sus objetivos debido a la escasez de recursos económicos que existe en muchas facultades de derecho latinoamericanas¹⁵¹. El problema, es este caso, no es la falta de voluntad política para usar parte de los recursos disponibles en las clínicas, sino que la torta a repartir no es suficientemente grande. Así, aunque las clínicas reciban una porción más o menos justa de los recursos que controla la facultad, éstos no son suficientes para cubrir apropiadamente los gastos necesarios para funcionar apropiadamente, por ejemplo, contratando a un número adecuado de profesores de tiempo completo, asistentes docentes y personal administrativo, o mejorando la infraestructura necesaria para albergar tanto a los estudiantes como a los equipos de trabajo. Ahora bien, si los gastos básicos de las clínicas muchas veces no se pueden cubrir con los recursos disponibles, mucho menos lo son otro tipo de actividades importantes para el trabajo clínico, como la participación de sus profesores y estudiantes en seminarios internacionales, la organización de conferencias relacionadas con los casos que estén adelantando o la publicación de sus resultados.

En cuarto lugar, la excesiva rigidez de los programas y del sistema político de las universidades hace lento, o imposibilita, la creación de consultorios jurídicos de interés público¹⁵². Los procesos que permiten la variación de las mallas curriculares son muchas veces largos y difíciles, lo que desestimula el cambio y promueve el statu quo curricular¹⁵³. El tiempo, energía y capital

de los casos y otros aspectos básicos del litigio profesional”. Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág. 79.

150 LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS EN AMÉRICA LATINA. TENDENCIAS Y DESAFÍOS, (Rogelio Pérez-Perdomo y Julia Rodríguez, compiladores, 2006).

151 Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág. 83.

152 Véase *id.* pág. 83. “Las facultades de derecho latinoamericanas siguen en gran medida atrapadas por prácticas pedagógicas que son estructuralmente hostiles tanto a los estudios de caso como a que los estudiantes desarrollen habilidades de investigación”. Felipe M. González, *La OEA y los derechos humanos después del advenimiento de los gobiernos civiles: expectativas (in)satisfechas*, en: REVISTA DE DERECHO: DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE, N°. 16, 2001, págs. 1-103 (2001).

153 “Aparte de las reglas formales y códigos escritos, existen restricciones informales profundamente enraizadas en la tradición, la cultura de los abogados, y patrones de comportamiento corporativos, que generan incentivos perversos y evitan que los individuos cambien las rutinas”. Véase Fuentes-Hernández, *supra* nota 114, pág. 45.

político que debe invertirse para iniciarlos y llevarlos a buen término, evita que los profesores interesados siquiera intenten plantear la necesidad de crear un proyecto clínico en sus facultades.

En quinto lugar aparece el desinterés de un importante número de estudiantes¹⁵⁴. Luego de varios años en la facultad, la mayor parte de ellos ya han interiorizado el concepto de derecho formalista dominante o se ven fuertemente influenciados por la identificación que se hace entre éxito económico y éxito profesional en las comunidades jurídicas de la región. Consecuentemente, no encuentran mayor valor en el trabajo clínico. Éste no satisface las exigencias del mercado laboral. No gira en torno a la memorización de las leyes y no resulta eficiente para posicionarse en la práctica privada o la burocracia estatal. De esta forma, los estudiantes prefieren ocupar su tiempo en actividades que hagan más probable la consecución de este objetivo privilegiando, por ejemplo, prácticas empresariales que las mismas universidades ofrecen o trabajos de tiempo parcial en oficinas de abogados.

En sexto lugar, el trabajo de las clínicas también se ve obstaculizado por la falta de claridad en sus objetivos, o por disputas internas acerca de cuáles deben ser sus fines¹⁵⁵. Es común que los profesores clínicos latinoamericanos tengan claro el adversario teórico que enfrentan en su trabajo¹⁵⁶. Los profesores clínicos de la región, implícita o explícitamente y con diferencias en el grado de precisión con el que articulan el argumento, reconocen en el formalismo jurídico el concepto de derecho que se cuestiona y transforma con el trabajo clínico. Sin embargo, también es común que no se articule, o no claramente, una propuesta jurídico-política alternativa. Esto no significa que el trabajo clínico se adelante sin guía teórica, puesto que no hay práctica clínica sin teoría, así sólo esté implícita en las prácticas. No obstante, generalmente, los conceptos de derecho que justifican el trabajo que se adelanta en las clínicas no se hacen explícitos ni se evalúan. Los profesores clínicos no se detienen a reflexionar sobre la teoría que los está guiando.

Del mismo modo, no hay claridad, o acuerdo, sobre qué se entiende por derecho de interés público y justicia, conceptos que las clínicas intentan materializar a través sus acciones. No es que todas las clínicas latinoamericanas deban defender una única interpretación de estas ideas. Como es obvio, existen diversas interpretaciones de interés público¹⁵⁷ y múltiples

154 “[L]a mayoría [de las clínicas] siguen estando aisladas en el currículo o enfrentan la posibilidad de ser marginadas”. Véase, e.g., Castro-Buitrago et al., *supra* nota 118, pág.

155 Véase, e.g., *id.* pág. 78-80. “[L]as dificultades que enfrentan las clínicas en Colombia son la consecuencia natural de la omnipresencia del formalismo jurídico y su contraparte pedagógica en la mayor parte de las facultades de derecho en el país, además de la rigidez del currículo y la burocracia académica”.

156 Véanse, CLÍNICAS DE INTERÉS PÚBLICO Y ENSEÑANZA DEL DERECHO (2003).

157 Entre otras acepciones, interés público como el interés de las mayorías, interés público como el interés de los grupos desaventajados o interés público como la defensa del Estado de derecho.

conceptos razonables de justicia; tampoco se trata de que una clínica deba defender por siempre la misma interpretación de estas dos categorías. Esta interpretación puede variar debido a la rotación de las personas que trabajan en la clínica, como a los cambios en las dinámicas contextuales e ideológicas que las afectan. Mucho menos significa que los profesores clínicos deban ocupar una buena parte de su tiempo en disquisiciones sobre filosofía política o teoría del derecho. La mayor parte de ellos no son teóricos de la justicia o filósofos del derecho y no hay buenas razones para exigir que así sea. El argumento es simplemente que la claridad en torno a cómo se deben interpretar los conceptos de interés público y justicia social en cada clínica resulta fundamental para esclarecer los valores y objetivos que guían el trabajo, desde la escogencia de los casos hasta los medios que se consideran legítimos para alcanzarlos sus fines.

En séptimo lugar, falta literatura —o la baja calidad de mucha de existente— que contextualice, presente, analice y critique los objetivos de las clínicas de derecho de interés público, los medios para alcanzarlos y los procesos que en la práctica se desarrollan para unos y otros. Muchas de las clínicas de interés público de la región han tenido un impacto importante en temas claves para la consolidación de la democracia y el respeto de los derechos básicos de los ciudadanos. Sin embargo, la reflexión en torno a estas prácticas no es frecuente y/o su calidad varía notablemente. Es preocupante que en Latinoamérica no exista ninguna revista sobre educación jurídica clínica, y sólo algunas pocas revistas de derecho incluyen artículos sobre estos temas¹⁵⁸. Sin duda, la amplia literatura existente en Estados Unidos es útil para pensar en las distintas facetas que componen el trabajo clínico latinoamericano, desde cómo lograr balances apropiados entre los objetivos pedagógicos y los de justicia social, hasta los criterios que se deben usar para escoger los casos, pasando por los métodos a través de los cuales se debe evaluar y supervisar a los estudiantes. No obstante, parecería exigible que las particularidades del trabajo clínico y el contexto latinoamericano fueran un objeto de estudio constante de los profesores de derecho de la región. Temas como la historia de lo que podríamos llamar el movimiento clínico latinoamericano —los procesos de creación, consolidación o expansión de las clínicas de la región—, el rol de las fundaciones y la cooperación internacional en la creación de éstas, que el trabajo clínico se adelante en democracias en proceso de consolidación, las diferencias entre los proyectos clínicos que se desarrollan en las universidades privadas y públicas y la escasez crónica de recursos, entre muchos otros, parecería que deberían ser examinados juiciosamente por los profesores latinoamericanos de derecho.

158 En Latinoamérica, una de las pocas revistas que constantemente publica artículos sobre educación jurídica es la Revista Academia, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Véase Universidad de Buenos Aires en: PUBLICACIONES. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/index.php#indice.

En octavo lugar, el aislamiento o el contacto irregular entre quienes trabajan en las clínicas latinoamericanas¹⁵⁹. Dado que el dinero disponible no es muy alto es poco común que haya espacios de encuentro permanente para quienes trabajan en estos temas, seminarios o debates, por ejemplo. La ausencia de estos espacios genera consecuencias negativas en la medida en que se hace difícil aprender de las experiencias que otros han tenido en la creación o desarrollo de proyectos análogos y concretar propuestas que permitan aunar esfuerzos para la satisfacción de los objetivos comunes que tienen las clínicas de la región¹⁶⁰.

4. CLÍNICAS DE DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO EN LATINOAMÉRICA: ESTRATEGIAS PARA SU CONSOLIDACIÓN

Los obstáculos que enfrentan las clínicas de derecho de interés público de la región no son pocos y algunos de ellos son enormemente poderosos. Sin embargo, los profesores y estudiantes de las clínicas están constantemente articulando e implementando medidas para su superación. Las siguientes son algunas estrategias generales que podrían ser útiles para enfrentar y neutralizar los problemas anotados en la sección anterior. Tales estrategias intentan ser lo suficientemente precisas como para que puedan ser una guía efectiva, pero también lo suficientemente amplias para ser adaptadas a los distintos contextos nacionales e institucionales de la región.

En primera instancia, es necesario que se organicen e implementen actividades académicas –seminarios, debates, publicaciones, entre otras acciones– que permitan discutir las debilidades de la visión formalista del derecho y muestren las bondades pedagógicas del trabajo que se hace en las clínicas de derecho de interés público. Este tipo de actividades contribuiría a crear una masa crítica compuesta por profesores y alumnos que presionen por la creación o consolidación de estos proyectos en las universidades. Estas actividades permitirían, además, precisar el adversario teórico así como los medios adecuados para hacerlo. El formalismo reina en la región no porque haya una defensa clara, precisa y persuasiva de sus postulados en las universidades, tribunales o colegios de abogados, sino porque se reproduce silenciosamente –casi inconscientemente– en las nuevas generaciones de abogados y en las prácticas profesionales cotidianas. Al hacer explícitos sus postulados, así como sus debilidades, es posible que su cuestionamiento resulte más amplio y efectivo.

159 Thome se percata de que los abogados clínicos “frecuentemente están alejados de sus colegas y compañeros de clase y pueden ser vistos como subversivos tanto por el gobierno como por la profesión”. Thome, *supra* nota 104, pág. 534.

160 Una de las excepciones a esta regla han sido los seminarios organizados por la Red Latinoamericana de Clínicas de Derecho de Interés Público y que ya ha organizado 10 encuentros entre 1996 y 2010. Mayor información en: <http://www.clinicasjuridicas.org/historia-red.htm>.

En segunda instancia, es necesario articular estrategias y actividades políticas dentro de las universidades que permitan evidenciar y sobrepasar los obstáculos que impiden la creación o consolidación de las clínicas de derecho de interés público. De esta forma, sería útil, por ejemplo, que los profesores se manifiesten de manera regular en los consejos de facultad a favor de las clínicas, que se cuestionen las decisiones administrativas que afectan su desarrollo y se generen alianzas con colegas de otras disciplinas interesados en el trabajo de estas iniciativas. Estas medidas facilitarían la creación de grupos de presión sólidos dentro de las facultades y las universidades.

En tercera instancia, la consecución de recursos financieros en organizaciones internacionales o nacionales que estén interesados en promover las clínicas de derecho de interés público en Latinoamérica. Aunque resulta fundamental para la consolidación y expansión de las clínicas que sus gastos básicos sean cubiertos por las universidades, podría resultar útil acudir a fuentes externas de financiación para el desarrollo de nuevos proyectos o para cubrir aquellos que —aunque necesarios para el buen funcionamiento de las clínicas—, no son costeados por las instituciones que las albergan. La autonomía económica que se alcanzaría con estos recursos externos permitiría alcanzar mayor independencia a quienes trabajan en las clínicas, garantizando la continuidad de algunos de sus esfuerzos y contribuyendo a su reconocimiento y posicionamiento político.

En cuarta instancia, fomentar entre los estudiantes las clínicas de derecho de interés público. Este objetivo podría alcanzarse si se promueve con ahínco una visión alternativa sobre el rol que los abogados deben cumplir en comunidades políticas en desarrollo, como las latinoamericanas, y se evidencien las consecuencias positivas de las clínicas para la consolidación de habilidades jurídicas necesarias para una actuación profesional competente. Reuniones con estudiantes de primeros y últimos semestres, informar sobre los logros de las clínicas tanto en las facultades como en los medios de comunicación, o impulsar campañas de difusión dentro de las propias facultades para asociar el trabajo socialmente responsable del abogado con el éxito profesional, son algunas estrategias que se podrían implementar para lograr los fines anotados.

En quinta instancia, crear o robustecer los vínculos formales e informales entre quienes, en el nivel local e internacional, trabajan en clínicas de derecho de interés público. La Red Latinoamericana de Derecho de Interés Público, por ejemplo, es un espacio privilegiado para alcanzar este objetivo. Sin embargo, eventos académicos más pequeños en el contexto nacional o subregional también pueden ser útiles para desarrollar redes de intercambio teórico y experiencial en materia de educación jurídica clínica en Latinoamérica. Ahora bien, no hay que olvidar que para realizar este tipo de actividades se necesita la consecución constante de recursos económicos y un esfuerzo sistemático y continuado por mantener abierta la comunicación entre las clínicas de la región.

En sexta y última instancia, fomentar la reflexión entre quienes trabajan en las clínicas de manera que se genere una mayor producción académica que explique y analice su quehacer. Sin la existencia de un proceso sistemático de análisis y evaluación del propio trabajo, será muy difícil lograr que se vuelvan un hecho indiscutible de cualquier facultad de derecho de la región. Sin la creación de conocimiento jurídico sobre el trabajo clínico, será muy difícil pensar en cómo se puede ser más efectivo en la consecución de los objetivos pedagógicos y de justicia social que persiguen este tipo de proyectos. La creación de revistas nacionales, subregionales o regionales sobre la enseñanza del derecho, por ejemplo, sería una alternativa para alcanzar este objetivo. La publicación de libros editados o escritos por varios profesores latinoamericanos puede ser otra de estas estrategias.

Las clínicas de derecho de interés público son instituciones que han echado raíces en las facultades de derecho latinoamericanas. La oposición a este tipo de proyectos, sin duda, continuará siendo poderosa dentro y fuera de la academia. No obstante, parecería que estos cuestionamientos difícilmente tendrían la posibilidad de hacerlas desaparecer. Para que este propósito no tenga ninguna posibilidad de hacerse realidad, los profesores clínicos deben materializar sus objetivos pedagógicos y de justicia social de manera cada vez más precisa y eficiente. De igual forma deben reflexionar crítica, sistemática y rigurosamente en torno a su trabajo y articular e implementar estrategias que pueden neutralizar o debilitar los obstáculos que les impiden hacerlo apropiadamente.

