

**Documento de Trabajo
Nº8**

“Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación.”

Sebastián Donoso

**Noviembre 2009
Facultad de Gobierno**

Facultad de Economía y Negocios

Convenio 169 de la OIT: implicancias de una ratificación

Sebastián Donoso *

‘Convenio 169: ¿Hacia dónde deben ir los cambios?’ Con este título parte uno de los muchos artículos, declaraciones de prensa y columnas de opinión que se han publicado en los últimos meses a raíz de la ratificación por Chile del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (el ‘Convenio’) y su reciente entrada en vigencia. Título que deja entrever una mezcla de incertidumbre y polémica en torno a la orientación de las fórmulas que deben emplearse para la implementación del Convenio.

En efecto, el 15 de septiembre de 2008 fue registrada en la oficina de la Organización Internacional del Trabajo (‘OIT’) en Ginebra la ratificación formal por parte de Chile del Convenio. Terminaba así un largo proceso de aprobación iniciado en diciembre de 1990. Y empezaba el verdadero desafío: implementar el Convenio en nuestro país.

Este artículo pretende entregar un análisis crítico respecto a las implicancias para Chile de la ratificación del Convenio. Dicha ratificación y su entrada en vigencia el pasado 15 de septiembre han generado altas expectativas entre muchas organizaciones indígenas, las que contrastan con una recepción cautelosa del Convenio entre otros actores sociales. Pero la entrada en vigencia del Convenio coincide además con un ciclo de tensión y violencia sin precedentes en la Araucanía, lo que ha alimentado dudas en torno al efecto que tendrá la irrupción del Convenio sobre la convivencia social y en particular respecto a las reivindicaciones indígenas. En este escenario se hace imprescindible, entonces, entregar además una visión contextualizada del Convenio tanto en relación al sistema de políticas y normas internacionales como respecto al marco legal y de políticas públicas hacia los indígenas en nuestro país.

Chile y el Convenio

El análisis bien puede partir con una pregunta fundamental: ¿por qué el Convenio, su aprobación e implementación han generado tanto interés y revuelo?

Tal vez convenga intentar una aproximación a la respuesta con un hecho simple: la población indígena en Chile representa entre un 5% y un 10% del total nacional dependiendo de si la cifra se obtiene del Censo de 2002, de la encuesta Casen 2006 o de las interpretaciones que existen respecto a la precisión de aquéllas y otras bases de datos. La misma encuesta Casen 2006 nos revela otros datos relevantes: la población indígena tiene una tasa de pobreza significativamente más alta que la población no indígena (19% versus 13,3%) y un 70% de la misma vive en centros urbanos,

* Sebastián Donoso es Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master en Políticas Sociales en Países en Vías de Desarrollo de la London School of Economics and Political Science. Es Investigador Asociado de la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo y miembro del Consejo Académico del Magíster en Políticas Públicas que imparte la misma. También es Profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

contrariamente a la creencia común. En materia de cultura e identidad, la encuesta Casen 2006 y una encuesta del Centro de Estudios Públicos del año 2006 evidencian un fuerte proceso de ‘pérdida cultural’ entre los indígenas.

Estos datos, sin embargo, no responden por sí solos la pregunta que encabeza este capítulo. La realidad descrita sirve de ‘caldo de cultivo’ –como suele decirse– a elementos de carácter político que influyeron en el proceso de aprobación del Convenio:

1. El Convenio es el único tratado internacional dedicado exclusivamente a los pueblos indígenas. La *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (adoptada en 2007), a diferencia del Convenio constituye sólo una ‘recomendación’ y por lo mismo no es vinculante para los estados que la firmen.
2. Desde 1990 en adelante la aprobación del Convenio figuró con relevancia en todos los programas de gobierno de la Concertación, por lo que se transformó en un compromiso político de cuya falta de cumplimiento se pedía constante cuenta.
3. Asimismo y también desde 1990 en adelante, el sistema de Naciones Unidas llamó la atención sobre la falta de ratificación del Convenio por parte de Chile. Dado que el Convenio consagra amplios derechos a los pueblos indígenas, paulatinamente se fue erigiendo la falta de aprobación del Convenio como una de las explicaciones para lo que se consideraba un inadecuado resguardo y satisfacción de los derechos indígenas en Chile.
4. El Convenio era y es además un instrumento sobradamente conocido por los dirigentes y activistas indígenas, muchos de ellos muy bien vinculados a nivel internacional, por lo que la promesa política de trabajar por su ratificación se retroalimentaba con la demanda de esos dirigentes en idéntico sentido.
5. Por último, y no menos importante, la aprobación del Convenio implicaría que pasaba a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, lo que en opinión de algunos permitiría ‘suplir’ las que se estimaban como deficiencias de la Ley Indígena de 1993, bastante más restrictiva que el Convenio en cuanto a la consagración de derechos indígenas.

Un largo proceso de aprobación

En marzo de 2008, el Convenio fue aprobado en el Senado concluyendo así un largo trámite de casi 18 años. Un acuerdo político permitió desatar la discusión parlamentaria y asegurar su aprobación. Dicho acuerdo contemplaba el compromiso por parte del Gobierno de ratificar el Convenio acompañando a dicha ratificación una declaración interpretativa, acuerdo del que se dejó constancia en el acta de la respectiva aprobación.

Es importante destacar que, fuera del mundo indígena, la aprobación del Convenio pasó casi inadvertida. La prensa le dedicó algunas editoriales y columnas de opinión, pero el

tema no recibió mayor atención. Entre algunos dirigentes y activistas indígenas mejor informados, en cambio, la reacción fue explosiva. La que estaba llamada a ser una excelente noticia para los indígenas y por consiguiente un triunfo político para el Gobierno, se transformó inesperadamente en una acusación a este último de ‘alta traición’. El motivo de la acusación no era otro que la ya aludida declaración interpretativa.

En efecto y como ya se adelantó, el Gobierno y la oposición alcanzaron un acuerdo político para aprobar el Convenio sujeto a que el primero depositara el instrumento de ratificación con una declaración interpretativa respecto al artículo 35 del mismo. El texto de declaración aprobado por la Comisión de Relaciones Exteriores (2008) del Senado señala lo siguiente: “*El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula una declaración interpretativa al artículo 35 del referido instrumento internacional en el sentido que este sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

El artículo 35 del Convenio establece que “*la aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.*” La declaración interpretativa pretendía ‘limitar’ los efectos de este artículo del Convenio dejando en claro que su alcance sólo se refería a aquellos instrumentos respecto de los cuales existe un claro e inequívoco consentimiento del Estado, como son los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como es natural, muchas organizaciones indígenas interpretaron este acuerdo como una maniobra política destinada a obstruir la aplicación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas que, como veremos, fue votada favorablemente por Chile (es decir tiene el ‘consentimiento’ del Estado) pero al no tener estatus de tratado no puede ser sometido a la ratificación del Congreso Nacional. La polémica que se generó obligó al gobierno a realizar una consulta formal a la OIT respecto al alcance de la referida declaración interpretativa, resultado de la cual fue que el Gobierno finalmente ratificó el Convenio sin dicha declaración. Aparentemente, este último hecho pasó inadvertido a los honorables Senadores que habían dado su aprobación al Convenio sujeta a efectuar la declaración interpretativa en cuestión.

El Convenio

Conviene ahora reseñar los principales aspectos y contenidos del Convenio. Lo primero que llama la atención es que se trate de un instrumento adoptado por la OIT. Tal vez la respuesta a esta singularidad sea que su antecedente último es el Convenio 107 de 1957, también de la OIT, adoptado en una época en que se estimaba necesario regular las condiciones laborales de los trabajadores pertenecientes a poblaciones indígenas y tribales.

A principios de la década de 1980 se generó una fuerte crítica hacia el Convenio 107, al que se acusaba de propiciar la asimilación e integración de los pueblos indígenas. Esta crítica desencadenó una revisión del Convenio 107 a partir de 1988, proceso que

concluyó con la adopción del actual Convenio. De esta forma, y bajo el título ‘*Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*’, el Convenio fue adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989, con voto de abstención de Chile. Entre otras ideas matrices, el nuevo Convenio se basaba en la idea que los pueblos indígenas son sociedades permanentes llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización, concepto que marcaba un giro significativo con respecto a las nociones predominantes a mediados de ese siglo.

El Convenio entró en vigencia el 5 de septiembre de 1991. A partir de entonces y hasta la fecha sólo veinte países lo han ratificado, entre ellos todas las naciones sudamericanas con la excepción de Uruguay. En una primera mirada sorprende que Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, todos con una población indígena relevante y una historia de complicadas relaciones interétnicas, no hayan ratificado el Convenio. Sin embargo, cada uno de ellos tiene un sistema de normas y relaciones interétnicas que ha evolucionado a través de la historia y, paradójicamente, dichos sistemas consideran en algunas materias regulaciones más garantistas de los derechos indígenas que aquellas de países que han ratificado el Convenio.

Los principales contenidos del Convenio se podrían enunciar como sigue:

1. Definición de pueblos indígenas y tribales para efectos de su aplicación.
2. Utilización del término ‘pueblos’ en vez de ‘poblaciones’.
3. Consagración de los denominados ‘derechos colectivos’ a favor de los pueblos indígenas.
4. Establecimiento de una amplia gama de derechos a favor de los pueblos indígenas, en particular respecto a sus tierras, ‘territorios’ y a los recursos naturales existentes en éstos.
5. Establecimiento de un conjunto de obligaciones para los estados parte, y especialmente la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando se prevean medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Existe cierto consenso en cuanto a que los derechos de consulta y participación constituyen el núcleo central del Convenio. Como dice el manual de la OIT sobre el Convenio (2009): “*El establecimiento de mecanismos apropiados y efectivos para consultar a los pueblos indígenas y tribales en relación a asuntos que les conciernen es la piedra angular del Convenio 169 (...). Así, los artículos 6 y 7 sobre consulta y participación son disposiciones claves del Convenio 169 y la “base para aplicar todos los demás” (...)*”.

Implicancias de una aprobación

A partir del 15 de septiembre de 2009, el Convenio ya es un tratado internacional vigente en Chile. Este hecho tiene claras implicancias políticas, jurídicas y de políticas públicas.

Desde un punto de vista **político**, se visualizan al menos las siguientes implicancias de la aprobación del Convenio: a) una alta expectativa entre muchos líderes y

organizaciones indígenas respecto a los efectos y beneficios que dicha aprobación conlleva; b) la demanda por la aprobación del Convenio es reemplazada por una demanda por su pronta e íntegra implementación; y c) dado que el Convenio es un instrumento ‘pasado de moda’ si es que se lo compara con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante también ‘la Declaración’) suscrita por Chile en 2007, es esperable que muchos líderes y organizaciones presionen para que el Estado cumpla las disposiciones de dicha Declaración en todo lo que ‘excede’ los derechos y garantías establecidos en el Convenio.

Desde un punto de vista **jurídico**, el efecto inmediato de su aprobación es que el Convenio se incorpora al ordenamiento legal chileno. Esta incorporación plantea al menos cuatro cuestiones: a) El rango o jerarquía del Convenio; b) la autoejecutabilidad o no de sus disposiciones; c) los ajustes o modificaciones a la legislación sectorial que requiere; y d) la judicialización de estas cuestiones. Como se verá más adelante, la forma en que el Convenio se incorpora al ordenamiento legal chileno es materia de gran discusión.

Por último, y desde la perspectiva de las **políticas públicas** hacia los pueblos indígenas, la entrada en vigencia del Convenio genera una obligación para el Estado de implementar las adecuaciones normativas y programáticas que aquél requiere. A primera vista, esta obligación podría parecer sólo una cuestión de contornos jurídicos y administrativos, fácilmente abordable a la luz de las orientaciones de la propia OIT. No obstante, a juicio del autor la aprobación del Convenio plantea cuestiones de fondo que tienen que ver con el diseño global de la política pública hacia los indígenas. Desde este punto de vista, entonces, la forma que adopte la implementación del Convenio tendrá implicancias que marcarán el presente y futuro de muchas generaciones de indígenas y, ciertamente, del resto de los chilenos.

A continuación se analizarán cada una de estas implicancias por separado.

Implicancias políticas: el ‘capital simbólico’ del Convenio

a) La difícil cuestión de las expectativas

De que las expectativas son altas hay numerosos testimonios. Una demostración elocuente de ello es un informe del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (Aylwin, 2006, pág. 33) emitido dos años antes de la ratificación del Convenio: “*El énfasis de los movimientos indígenas en la ratificación del Convenio 169 encuentra su explicación no tan solo en su viabilidad política actual –al faltar solo dos votos adicionales a los del gobierno en el Senado para lograr este objetivo– sino también en que, de conformidad con el artículo 5 de la Constitución Política vigente que dispone que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile deben ser respetados por los órganos del estado, este Convenio tendría tango constitucional. Por lo mismo obligaría a la reforma de la legislación sectorial y orientaría el accionar de los entes públicos en general. Es de esperar que dicha ratificación se concrete a la brevedad, y que ella genere cambios jurídicos, políticos y por qué no también*

culturales, que contribuyan a lograr mayores niveles de respeto de los pueblos indígenas y de sus derechos en el país.”

No puede sorprender entonces el discurso que pronunció la Presidenta de la República Michelle Bachelet en la localidad de Padre Las Casas, el 16 de octubre de 2008, poco después de la ratificación del Convenio (Conadi, 2008, pág. 11): “(...) *Estoy segura de que esta ratificación, no me cabe duda, era una de las más sentidas reivindicaciones de los pueblos originarios de Chile.* (...) *De esta manera, estamos marcando el inicio de una nueva forma de relación entre los pueblos indígenas, la sociedad chilena en su conjunto y el Estado.*”

Estas expectativas en buena medida han sido alentadas por el propio Gobierno y por la OIT, que han encabezado un intenso proceso de difusión de los contenidos del Convenio entre los pueblos indígenas a lo largo de todo Chile. Estas expectativas constituyen lo que se podría denominar el ‘capital simbólico’ del Convenio. Mientras estaba pendiente su ratificación, dicho capital simbolizaba tanto el valor político asociado a la demanda y promesa de aprobación del Convenio como las expectativas concretas depositadas en él mismo por muchos indígenas. Una vez aprobado, este capital simbólico se está erigiendo en el punto de referencia que utilizarán las organizaciones indígenas para evaluar el grado de avance en la implementación del Convenio. Sabemos que el proceso de implementación, por su parte, demorará varios años y requerirá acuerdos políticos difíciles de lograr. Por lo mismo, es probable que las altas expectativas depositadas en el Convenio den paso a una cuota importante de frustración ante las dificultades que naturalmente encontrará su implementación.

b) La demanda por implementación del Convenio

Desde un punto de vista político, entonces, es dable anticipar una tensión importante entre el capital simbólico del Convenio y la demanda por transformar aquél en lo que se podría denominar ‘capital efectivo’. Esta tensión se verá aumentada por el hecho ya conocido que casi todos las disposiciones del Convenio consideradas como más relevantes son, como se verá, ‘programáticas’ o ‘no autoejecutables’, lo que implica que sólo una mínima parte del Convenio entró efectivamente en vigencia el pasado 15 de septiembre. Asimismo, es importante tener presente que la demanda por la implementación del Convenio se articulará tanto a nivel nacional como internacional, sobre todo considerando que la OIT tiene una institucionalidad dedicada a monitorear el grado de cumplimiento de las disposiciones del Convenio por los países que lo han ratificado.

c) La Declaración es el *canon*

Pese a todos los pergaminos del Convenio y a las altas expectativas que se han depositado en él, la realidad es que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es hoy el instrumento ‘estrella’ desde la óptica de la consagración y protección de los derechos indígenas. Esta Declaración fue adoptada por resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas con fecha 29 de junio de 2006 y aprobada por la Asamblea General del organismo el 13 de septiembre de 2007. Chile concurrió a su adopción con voto favorable, lo que desde una perspectiva política plantea una dificultad adicional en relación al Convenio y su implementación.

En efecto, la Declaración recoge todo el desarrollo posterior a 1989 (año de adopción del Convenio) en lo que a derechos de los indígenas se refiere. Algunos de los derechos consagrados en la Declaración -por ejemplo el derecho de libre determinación- no están reconocidos en forma abierta en el Convenio y por lo mismo no pugnan necesariamente con las disposiciones de este último. En cambio, el derecho a que el estado consulte a los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas administrativas y legislativas que los afecten, supera ampliamente los alcances de la obligación de consulta que establece el Convenio. En ésta, como en otras materias, la implementación del Convenio representa un tibio avance si se lo compara con las posibilidades que ofrece la Declaración.

Surge entonces naturalmente la siguiente pregunta: ¿qué explicación dará el Estado de Chile para preferir la implementación del Convenio a la Declaración en aquellas materias en que la segunda es más garantista que el primero? Ciertamente el argumento jurídico en cuanto a que la Declaración es sólo una recomendación y el Convenio un tratado internacional -por lo mismo vinculante- no será suficiente. Lo que resulta evidente es que los gobiernos no podrán desentenderse de la Declaración y tampoco desvincular al Convenio de aquélla ya que, no obstante su diferente estatus jurídico, ambos fueron aprobados por Chile. Sintomático de lo anterior es el hecho que el manual de la OIT sobre el Convenio analiza los alcances de cada una de las secciones del Convenio en paralelo con los capítulos correspondientes de la Declaración. Ello permite anticipar que la fiscalización que haga la OIT respecto a la implementación por Chile del Convenio, se hará teniendo además a la vista la observancia de las disposiciones de la Declaración.

Implicancias jurídicas: la incertidumbre tiene la palabra

Una variable clave en cualquier análisis respecto a la implementación del Convenio es la jurídica. Lo anterior es patente si se considera que una de las principales medidas adoptadas por el Gobierno de cara a la implementación del Convenio, fue la solicitud de informes en derecho sobre la materia a varias universidades del país.

Como ya se adelantó, el efecto inmediato de su aprobación es la incorporación del Convenio al ordenamiento legal chileno. Precisamente la forma en que el Convenio se incorpora a nuestro ordenamiento legal es materia de gran discusión y plantea al menos las cuestiones que se desarrollan a continuación. Como se verá, estas cuestiones trascienden a un mero debate jurídico y tienen amplias consecuencias políticas e impacto en el diseño de políticas públicas.

a) El rango o jerarquía del Convenio

Una de las cuestiones que suscita más polémica es la que atañe al rango o jerarquía del Convenio.

Así, por ejemplo, el Observatorio Ciudadano ha sostenido la tesis que el Convenio tiene un rango constitucional (Aylwin, 2009): “*Como tratado internacional de derechos humanos, el Convenio 169 además se integra al ordenamiento jurídico interno. De*

acuerdo al artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por lo mismo, como lo ha reconocido la jurisprudencia y el propio gobierno en sus informes ante la ONU, los derechos establecidos en él se integran al ordenamiento jurídico con rango constitucional” (el subrayado es del autor).

Asimismo, en su ‘manual’ sobre la implementación del Convenio en Chile (Conadi, 2008, págs. 94-95), el Gobierno expuso su interpretación del asunto en una línea similar: “*Por su parte, el artículo 5 inciso 2 de la Constitución consagra el deber de los órganos del Estado no sólo de respetar y promover los derechos contenidos en la misma Constitución (artículo 19) sino también los contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, aplicado a este caso, el Convenio 169. En consecuencia, no puede un órgano del Estado desconocer los derechos reconocidos en el Convenio y cualquier juez, ante el conflicto de normas, debe preferir las disposiciones del Convenio 169 a otras normas legales*” (el subrayado es del autor).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su fallo de 4 de agosto de 2000 desacreditó en forma categórica la tesis del rango constitucional del Convenio y sostuvo que sus normas tenían jerarquía de ley simple, a excepción del artículo 7 N°1 oración segunda y del artículo 6 N°1, letra a) y N°2, que constituyen preceptos que modifican normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, tienen el carácter de dicha clase de leyes. Lo anterior se confirma con el hecho que, al ejercer el control de constitucionalidad de las normas del Convenio, el Tribunal Constitucional sólo se pronunció respecto a las normas citadas.

El principal efecto práctico de esta discusión tiene que ver con la colisión entre las normas del Convenio y las disposiciones de legislaciones sectoriales, y la preeminencia de unas sobre otras. Ahora bien, y no obstante la claridad de la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional, es previsible que la discusión sobre el rango o jerarquía del Convenio se traslade a los tribunales de justicia.

b) La doctrina de la autoejecutabilidad y sus consecuencias

El Tribunal Constitucional, en un fallo del 4 de agosto de 2000 que ha sentado importantes precedentes, recurrió a la doctrina de la ‘autoejecutabilidad’ de las disposiciones de los tratados internacionales para rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad que había sido presentado por parlamentarios de la oposición. Esta doctrina se remonta a un fallo de 1829 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Foster & Elam v. Neilson*, y distingue en un tratado las cláusulas que son *autoejecutables* o *self executing* de aquellas que se consideran *no autoejecutables*, *programáticas* o *non self executing*.

Para el Tribunal Constitucional (2000), las cláusulas **autoejecutables** “*son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. En otros términos, son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente*”.

En cambio las cláusulas **programáticas o no autoejecutables** “son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”. Las disposiciones programáticas o no autoejecutables se reconocerían, según el Tribunal Constitucional, por la conjugación en futuro de sus verbos rectores: ‘...los gobiernos deberán...’ o ‘...deberán tomarse medidas...’.

Las consecuencias de esta doctrina son evidentes. Las disposiciones del Convenio que se estimen como autoejecutables se consideran en vigor desde la fecha de entrada en vigencia del Convenio, es decir, a contar del 15 de septiembre de 2009. Las disposiciones programáticas, en cambio, sólo imponen al Estado la obligación de dictar normas para su implementación, por lo que su entrada en vigencia queda suspendida hasta que dichas normas vean la luz. De este modo, una distinción que podría parecer un tecnicismo jurídico adquiere una relevancia política considerable, pues en la práctica implica que el Convenio, no obstante su aprobación, ratificación y entrada en vigencia, no se basta a sí mismo para concretar las expectativas depositadas en él.

Es importante anotar que esta doctrina ha sido aceptada tácita y expresamente por la mayoría de los actores involucrados en el debate. Así, por ejemplo, el ‘manual’ del Gobierno sobre la implementación del Convenio hace suya la doctrina en cuestión y señala que “*en el Convenio 169 es posible encontrar normas autoejecutables y no autoejecutables*” (Conadi, 2008, pág. 97).

Cuestión distinta, naturalmente, es aplicar esta doctrina y determinar caso a caso qué normas del Convenio tienen una u otra calidad.

El propio Tribunal Constitucional, tanto en el fallo de 4 de agosto de 2000 como en el más reciente de 3 de abril de 2008, ha sostenido un criterio respecto a cuáles disposiciones del Convenio deben entenderse como autoejecutables y cuáles otras como programáticas. Así, hasta ahora el Tribunal Constitucional sólo ha reconocido expresamente como autoejecutables al artículo 6 N°1 letra a) y al artículo 7 N°1 oración final.

El ‘manual’ del Gobierno, por su parte, señala como ejemplo de norma autoejecutable al artículo 3 N°1 del Convenio (Conadi, 2008, pág. 98), que se refiere al pleno goce por los pueblos indígenas de los derechos humanos y garantías fundamentales. Nada impide, por cierto, que otros actores consideren a otras disposiciones en esa calidad, y que defiendan su punto de vista en los tribunales de justicia.

En lo inmediato, y dada la autoejecutabilidad del artículo 6 del Convenio, cabe destacar que con fecha 4 de septiembre de 2009 el Ministerio de Planificación ya reglamentó la obligación de consulta establecida en dicho artículo a través del Decreto N°124 dictado por la subsecretaría respectiva. Este reglamento establece, entre otras materias, las medidas legislativas y administrativas que deben ser consultadas, los principios que regulan la consulta en cuestión, y el procedimiento de consulta propiamente tal. El análisis de los méritos de esta norma escapa al alcance de este trabajo, pero desde ya se puede adelantar que su aplicación no estará exenta de dificultades.

c) Ajustes a la legislación sectorial

Tal como se adelantó, el Gobierno encargó estudios a varias universidades para determinar qué normas sectoriales deben ser modificadas a fin de lograr una adecuada implementación del Convenio.

Desde luego, una mirada pragmática sugiere que las intervenciones a este nivel sean las mínimas posibles, pues todas las normativas sectoriales relevantes requieren de proyectos de ley y por consiguiente de largas discusiones parlamentarias. Desde una perspectiva sustantiva, cualquier ajuste a la legislación sectorial debe observar al menos dos condiciones básicas: formalizarse a través de normas jurídicas que tengan igual o superior jerarquía que las normas modificadas, y no afectar derechos adquiridos en su esencia.

Un ejemplo claro de los alcances que puede tener esta discusión, es el concepto de ‘territorio’ que introduce el Convenio. Su artículo 13 dispone que la “*utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera*”. El concepto de territorio, desde luego, no existe en nuestra legislación. Introducir dicho concepto en nuestro ordenamiento jurídico y hacerlo en una manera consistente con los derechos que establece el Convenio a favor de los pueblos indígenas, obligaría a reformar una serie de cuerpos legales, partiendo por la Ley Indígena y siguiendo con la Ley de Bases del Medio Ambiente, el Código de Minería y el Código de Aguas, etc. Estos ajustes a legislaciones sectoriales representan un desafío monumental desde el punto de vista social, político y legislativo. Hasta ahora las fórmulas propuestas por el Gobierno han intentado equiparar el concepto de territorio a un figura ya existente, las ‘Áreas de Desarrollo Indígena’. Pero esta fórmula es imperfecta de todo punto de vista, por lo que la discusión seguirá abierta.

d) Judicialización

El Convenio establece una amplia gama de derechos que, con independencia de las cuestiones que se han analizado en lo precedente, sin duda serán citados ante los tribunales de justicia en apoyo de diversas solicitudes, demandas y acciones cautelares. Ejemplos de lo anterior son dos sentencias acogiendo recursos de protección que ha dictado la Corte de Apelaciones de Temuco en lo que va de este año, una previa y otra posterior a la entrada en vigencia del Convenio, en que se acogen los argumentos de los recurrentes basados, entre otras, en disposiciones del Convenio.¹

Además, y como se ha visto, tanto el rango o jerarquía del Convenio como la autoejecutabilidad de sus disposiciones y la conformación a derecho de los ajustes que se propongan a la legislación sectorial, son cuestiones sobre las que no hay consenso. Ello permite prever que, más temprano que tarde, dichas diferencias serán ventiladas en los tribunales de justicia. A lo anterior debe sumarse la invocación que seguramente

¹ José Segundo Relmucao Porma y otros contra Corema Región de la Araucanía y Pesquera Los Fiordos Limitada, Corte de Apelaciones de Temuco, 19 de mayo de 2009; y Francisca Linconao Huircapan contra Sociedad Palermo Limitada, Corte de Apelaciones de Temuco, 16 de septiembre de 2009.

se hará en los tribunales de justicia de los derechos establecidos en la Declaración, los que en muchas materias exceden en su alcance a los derechos consagrados en el Convenio.

Implicancias de políticas públicas: política indígena y un debate pendiente

La polémica que ha generado la implementación del Convenio evidencia que en la sociedad chilena coexisten diferentes visiones respecto a la forma de abordar las políticas hacia los indígenas. El Convenio está edificado sobre un conjunto de supuestos que se relacionan con las definiciones más sustanciales de una política pública en este ámbito. Por lo mismo, la implementación del Convenio está lejos de constituir una cuestión ‘higiénica’ que pueda abordarse sólo con una lógica tecnócrata. De ahí la importancia de revisar las principales implicancias del Convenio desde el punto de vista de las políticas públicas.

a) Convenio, realidad y política indígena en Chile: un debate aún pendiente

Una de las cuestiones fundamentales es determinar si el Convenio se adecua o no a la realidad de nuestro país. Tal como se adelantó someramente al principio de este trabajo, la evidencia indica que la población indígena está afectada por un avanzado proceso de pérdida cultural y una realidad de pobreza y vulnerabilidad social que se mantiene pese a las políticas gubernativas e ingentes recursos destinados al área.

Frente a esta realidad, algunos actores han querido instalar una dicotomía entre quienes verían la cuestión indígena sólo como un problema de pobreza y quienes la entenderían desde la perspectiva más amplia de los derechos. Así, en la presentación del ‘manual’ sobre el Convenio, el Director de la Conadi Álvaro Marifil señala (Conadi, 2008, pág.44): “*De la mano de la nueva política indígena y del Convenio 169 de la OIT, hoy avanzamos hacia una sociedad multicultural. Algunos dicen que el problema de los pueblos indígenas es sólo la pobreza, y que una buena focalización de subsidios sería la política más adecuada. Nosotros, en cambio, sostenemos que éste es un asunto de derechos, de una identidad colectiva que busca expresarse en una sociedad que abarque diferentes formas de ver el mundo*” (el subrayado es del autor).

Este enfoque algo confrontacional no facilita el necesario debate sobre los desafíos que representa la implementación del Convenio. A fin de cuentas, dicha implementación debiera estar animada por el espíritu de promover efectivamente la ‘mayor realización espiritual y material posible’ de los indígenas, para usar los términos con que la Constitución se refiere al deber del Estado de promover el bien común. Ciertamente el Estado debe contribuir a crear las condiciones que permitan a los indígenas su mayor realización espiritual y material posible, pero son los propios indígenas quienes deben dotar de contenido a esa ‘realización’. Parece obvio, eso sí, que una mirada integral al desarrollo de las personas debe incluir la referencia a las esferas civil, política, económica, social y cultural.

Por tanto, no se trata de ‘mínimos jurídicos’ versus ‘mínimos socioeconómicos’. En realidad el desafío está en compatibilizar unos y otros, pues hay un riesgo latente en establecer una normativa excesivamente garantista que sea pródiga en cautelar

jurídicamente los derechos de los indígenas pero tremadamente ineficaz en promover la realización de esos derechos en la vida diaria.

El Convenio, como todo instrumento internacional, tiene un alcance universal y no pretende, ni puede hacerlo, recoger la realidad de cada país en el que deba aplicarse. Es por esta sencilla razón que el propio Convenio contempla una norma denominada de ‘clausura’ (artículo 34), según la cual “*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*”. Siguiendo esta norma, la implementación del Convenio debe considerar no sólo la realidad que viven los propios indígenas sino también al estado actual de las relaciones de aquéllos con el resto de la sociedad. Hay una diferencia radical, pues, entre perseguir la implementación de todas las normas del Convenio como si fuera evidente que todas ellas son adecuadas a la realidad del país y considerar cuidadosamente cuáles de ellas reúnen efectivamente esa condición.

Libertad y Desarrollo (2009) ha expresado dicha inquietud en uno de sus ‘Temas Públicos’: “*Es de esperar que la puesta en marcha del Convenio 169 sirva de oportunidad para mejorar la política indígena y que en el momento que se reúna el Consejo de Ministros para analizar la forma en que se implementará, tengan en consideración la actual realidad de nuestros pueblos originarios y no las preconcepciones basadas en estereotipos.*”

b) Reforzamiento del ‘sesgo ruralista’ de la Ley Indígena

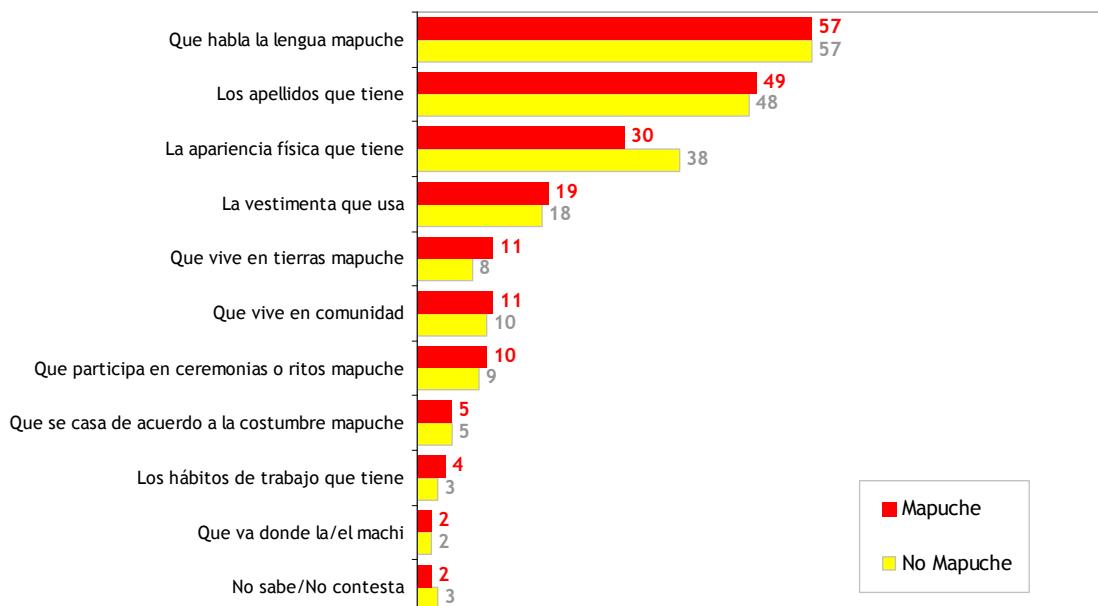
El pivote central de la Ley Indígena asume que, como establece su artículo 1°, la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas. De acuerdo a esta visión la identidad indígena se define por referencia a la ruralidad, asumiendo que dicha identidad se reproduce sólo en ese entorno. El Convenio, por su parte, discurre en forma parecida cuando dispone en su artículo 13 que “*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios (...)*”.

La realidad, en cambio, es que un 70% de la población indígena vive en centros urbanos según la encuesta CASEN del año 2006. Más aún, la comparación de esta última con su antecedente de 1996 muestra que la población indígena urbana aumentó veinte puntos desde un 50% a dicho 70%, pese a que los recursos públicos en ese período fluyeron mayoritariamente hacia los sectores rurales siguiendo la definición básica de la ley.

Una interpretación simplista lleva a concluir que la realidad actual –mayoría de población urbana- es sólo una situación social impuesta a los indígenas por el modelo de desarrollo del país y que por tanto la definición básica de la ley debe mantenerse y aún reforzarse, asumiendo que es en un contexto rural donde las identidades y culturas indígenas se preservan. Esa interpretación ignora o pasa por alto que en el contexto de la modernidad las definiciones de identidad y cultura son dinámicas.

Cuadro N°1

¿Cuáles considera que son las dos características más importantes que definen a una persona mapuche?



De hecho, la última encuesta sobre los mapuches realizada en 2006 por el Centro de Estudios Públicos (2007) incluyó una pregunta sobre identidad cuyas respuestas se ven en el Cuadro N°1. Es interesante destacar que la característica que más define a una persona mapuche, según los propios mapuches, es el hecho que hable el mapudungun. Sólo en quinto y sexto lugar mencionan el que viva en tierras mapuches o en comunidad.

La tesis según la cual las identidades y culturas indígenas se reproducen sólo en un contexto rural conlleva además el riesgo de transformar las políticas públicas en instrumentos ‘aspiracionales’ o idealistas. El hecho fundamental es que una mayoría abrumadora de los indígenas vive en los centros urbanos. Este solo hecho basta para someter a revisión el énfasis ruralista de la ley. Adicionalmente, la evidencia disponible indica que la población urbana quiere mantener su identidad y encuentra enormes obstáculos para lograrlo, lo que representa un llamado de atención por el abandono que ha sufrido dicha población a lo largo de muchos años.

Diversas autoridades y documentos oficiales han declarado en forma reciente su intención de dedicar más atención y recursos a los indígenas que viven en centros urbanos. Lamentablemente, tanto la persistencia en la política de entrega de tierras como la ratificación del Convenio -esencialmente ruralista- permiten anticipar que no será fácil eliminar dicho sesgo en nuestra política indígena.

c) Ajustes a la legislación sectorial: una ‘sombra’ de nuevas tensiones

Al tratar las implicancias de orden jurídico ya se mencionó a los eventuales ajustes a la legislación sectorial. Estos ajustes tienen también una dimensión de política pública,

pues la decisión de efectuarlos no sólo obedece al imperativo de implementar el Convenio, sino que además está asociada a una opción deliberada por asignar un trato distinto a los bienes y relaciones de los indígenas.

Estos ajustes sin duda generarán polémica y tensión social. Desde una vereda, las iniciativas para modificar legislaciones sectoriales con miras a dar aplicación al Convenio siempre serán insuficientes o tímidas en comparación con aquél. Desde la otra, toda propuesta representará un cambio de las actuales reglas del juego y en consecuencia una amenaza a legítimos intereses. La propuesta de ‘Código de Conducta Responsable’ que presentara el Gobierno en abril de 2009 es una experiencia ilustrativa al respecto. Dicha propuesta implicaba modificaciones legales profundas y sin embargo se pretendía implementarla a través de un instructivo presidencial. Por otra parte, sus alcances legales no estaban adecuadamente considerados y por lo mismo la propuesta generaba interferencias con varias normativas y en particular con la ambiental. Resultado de todo lo anterior es que la iniciativa generó gran oposición entre los gremios productivos y finalmente entre los propios ministerios sectoriales, lo que forzó su retiro tras algunas semanas de discusión pública.

La cuestión central aquí es el estatuto legal de los bienes indígenas. La Ley Indígena sólo confiere un trato especial a las tierras, sin perjuicio de una norma algo vaga de protección de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país. Aparte de la Ley Indígena, sólo la Ley 20.249 sobre Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios asigna un estatus especial a los recursos naturales existentes en dicho espacio en la medida que éste haya sido objeto de uso consuetudinario por los Lafkenche o ‘mapuches de la costa’. Todos los demás recursos naturales –subsuelo, pesca en general, bosques, aguas, etc.- se rigen por el denominado ‘derecho común’, es decir, por las leyes que rigen para todos los chilenos. Los ajustes a la legislación sectorial representan precisamente el intento de modificar la asignación de derechos respecto a estos recursos, por lo que es previsible que se produzcan tensiones y conflictos en el proceso de discusión de esos cambios.

Adicionalmente, la experiencia de la situación que se vive en la Araucanía es una alerta en cuanto a que las tensiones más importantes vendrán con posterioridad a la discusión legislativa, cuando se trate de operativizar las normas.

d) La integración no es el camino

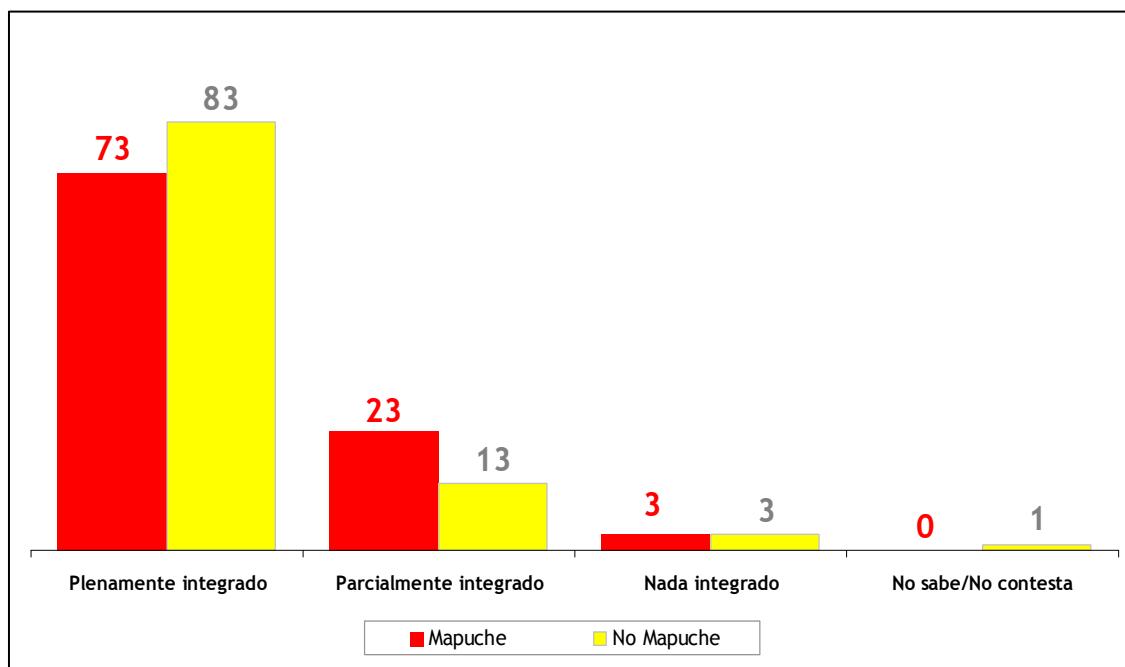
La actual política indígena ha intentado promover un ‘desarrollo con identidad’ de los indígenas, objetivo que no se contrapone -al menos en el discurso político- con la idea de su integración a la sociedad y al país. Sin embargo, la Ley Indígena establece un estatuto de limitaciones a la propiedad sobre las tierras indígenas que, inspirado en un objetivo de protección, implica serias trabas a su integración a la sociedad. Por otra parte, algunos ideólogos de la ‘causa indígena’ ven en dicha integración una forma solapada de asimilación y aculturación que estaría amenazando la preservación de las identidades y culturas indígenas. Esta última visión ha ido ganando terreno en los últimos años, de la mano de visiones ambientalistas radicales como la ‘ecología profunda’. Una expresión de estas visiones es la noción que la forma de vida de los indígenas es totalmente ajena a la del resto de los chilenos, por lo que pretender imponer

a los primeros las instituciones, leyes y valores de los segundos no sólo es equivocado sino que además una forma de violencia social y cultural.

Esta manera de ver las cosas genera un impulso hacia la segregación, aunque pocas veces se reconozca lo anterior en forma desnuda. Más allá de los cuestionamientos que merece esta visión cuando se analiza su viabilidad como opción de política pública, el problema de fondo es cuánto se ajusta a la realidad y a lo que los propios indígenas quieren.

La encuesta sobre los mapuches del Centro de Estudios Pùblicos, antes mencionada, arroja algunas luces. Como lo muestra el Cuadro N°2, frente a la pregunta: ¿Diría usted que se siente plenamente integrado/a a Chile o, más bien, parcialmente o nada integrado a Chile?, más de un 70% de los mapuches responde sentirse plenamente integrados. Esta respuesta coincide con que una mayoría de los mapuches contesta que se sienten chilenos. También es consistente con los altos niveles de confianza expresados por los mapuches respecto a instituciones ‘winkas’ como Carabineros de Chile, el Gobierno, la Iglesia Católica, las radios y las Iglesias Evangélicas, muy cercanos a la confianza manifestada por los no mapuches.

Cuadro N°2



El Convenio, en este punto, sufre una contradicción vital similar a la de la Ley Indígena. Ciertamente rechaza la asimilación como concepto, pero en términos generales sus disposiciones buscan garantizar el goce por los indígenas, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la sociedad otorga a los demás miembros de la población. Esta noción ‘integracionista’ entra en colisión con las normas sobre protección de las tierras, territorios y recursos naturales de los indígenas, cuyo efecto práctico previsible

es que dichos recursos –y los indígenas con ellos- se aparten o segreguen del proceso de desarrollo del resto del país.

e) Asistencialismo 2.0

Hay razones tanto de ‘texto’ como de sentido común para estimar que la implementación del Convenio reforzará la lógica asistencialista de la actual política indígena.

En efecto, el artículo 2 del Convenio estipula que la acción de los gobiernos deberá incluir medidas que ayuden a los miembros de los pueblos indígenas a “*eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida*”.

La lógica asistencialista es evidente si se analizan los recursos puestos a disposición de la Conadi desde su creación. Desde 1994 hasta la fecha, el presupuesto del organismo ha crecido desde aproximadamente 4 mil millones a los cerca de 42 mil millones que se aprobaron en la ley de presupuesto de 2008, excluyendo la abultada billetera del Programa Orígenes. La mayor parte de este presupuesto, a lo largo de los años, se ha destinado a la entrega de tierras, por lo que es previsible que, junto con la demanda creciente por tierras, habrá una demanda adicional por más recursos para el desarrollo productivo de esas tierras. Esta dinámica implica que las expectativas de desarrollo se basan en las transferencias de recursos públicos, más que en la creación de competencias con vistas a lograr algún día una auténtica emancipación de la asistencia estatal. Los países que han seguido la ruta del asistencialismo no han tenido buenos resultados, y prueba de ello son las expresiones de un ex ministro australiano a cargo del tema (Johns, 2001): “*El Programa de Empleo para el Desarrollo Comunitario mantiene a los aborígenes atrapados en la pobreza y en actividades sin sentido. Un millar de otros servicios –vivienda, salud, legales- mantienen a las familias aborígenes sometidas a aquellos que administran la generosidad pública. La generosidad pública les ha destruido el respeto hacia ellos mismos. Y con eso llegan el abuso de drogas y la violencia en contra de mujeres y niños. (...) Muchas iniciativas pueden dar asistencia a los pueblos aborígenes, pero sólo aquellos programas que los asistan en su inclusión a la sociedad mayor deberían ser apoyados. (...) La dignidad de los aborígenes no descansa en la ideología de la solidaridad cultural patrocinada por el Estado ni en instituciones políticas y sociales separadas. Los aborígenes necesitan las mismas habilidades que todo otro ciudadano, habilidades que les permitirán su autodeterminación a nivel individual*”.

Pero hay una razón especial para estimar que la implementación del Convenio reforzará la ruta del asistencialismo. Los esfuerzos que se han hecho hasta la fecha para implementar el Convenio tienen como denominador común el que se trate de crear regulaciones adicionales aplicables a las inversiones en tierras o áreas de desarrollo indígena. Si se mantiene esa tendencia, el resultado probable será un encarecimiento y complejización adicional de los proyectos de desarrollo en áreas de influencia indígena. Si ello es así, no quedará más remedio a los pueblos indígenas que recurrir al Estado para generar oportunidades de desarrollo.

f) Confirmación de la discriminación positiva como uno de los principios inspiradores de la política indígena

La discriminación positiva es sin duda uno de los ejes centrales de la actual política indígena. Para una práctica de sus características, sorprende que su utilización no genere más resistencia. El que se la apellide de ‘positiva’ no cambia el hecho básico que se trata de discriminación. En Estados Unidos, muchos de cuyos estados han aplicado políticas de ‘affirmative action’ por décadas, se están empezando a restringir estas últimas bajo el principio que las políticas públicas deben ser ‘ciegas’ frente a las diferencias de raza, lo que proscribe todo tipo de discriminación, sea negativa o positiva.

Pero el hecho que sea una forma de discriminación no es la única prevención que existe contra de esta práctica. Existe evidencia abundante respecto a los efectos negativos de la discriminación positiva, tanto sobre los propios beneficiados por ella como sobre el resto de la población. Entre estos efectos destacan sentimientos de baja autoestima entre los beneficiados y un reforzamiento de los estereotipos negativos que tiene el resto de la población respecto a aquéllos, efectos ambos que contradicen el espíritu mismo de la discriminación positiva. Consecuentemente, algunos autores (por ejemplo, Mitra, 1990) han sostenido que la discriminación positiva debe ser siempre una política específica y acotada en el tiempo.

Así pues, después de más de 15 años de una política indígena inspirada en este principio, la prudencia sugería una revisión de la misma. Sin embargo, la ratificación del Convenio viene a reforzar el principio de discriminación positiva y torna prácticamente imposible discutir la conveniencia de aplicarlo. En efecto, es posible definir a la discriminación positiva como una amplia gama de políticas públicas que confieren a un grupo social o étnico determinado un trato preferencial en la distribución de recursos y en el acceso a ciertos bienes y servicios. En esta definición lo sustancial es la noción de ‘trato preferencial’. Si lo anterior es correcto, el Convenio no es otra cosa que un ‘compendio’ de discriminación positiva.

g) Opción por los ‘derechos colectivos’

La Ley Indígena chilena establece derechos a favor de individuos y no de colectivos indígenas. En esto se ajusta a la Constitución Política y sigue una larga tradición jurídica en nuestro sistema legal. No fue ésta, sin embargo, la intención de quienes abogaron por la dictación de la Ley Indígena. El proyecto de ley que inició su discusión parlamentaria utilizaba el concepto de ‘pueblos indígenas’ y le reconocía derechos a aquéllos en cuanto colectivos. Posteriormente el debate legislativo derivó en el reemplazo del concepto ‘pueblos’ por el vocablo ‘etnias’. No obstante, la presión de algunos actores para avanzar hacia la consagración de derechos colectivos no ha cesado, y la ratificación del Convenio era fundamental para avanzar hacia ese objetivo.

En efecto, el ‘manual’ para la aplicación del Convenio (Conadi, 2008, pág.100) señala que en él “*se plantean dos elementos relevantes en relación a la consideración de los pueblos sujetos del Convenio: la autoidentificación y los derechos colectivos. (...) Los derechos colectivos, aluden a que no se trata sólo de los derechos de las personas individuales integrantes de los pueblos indígenas, sino que es el pueblo mismo el que se*

constituye en sujeto de derechos”. Ejemplo de lo anterior es el artículo 5 del Convenio, al establecer que “*deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*” (el subrayado es del autor).

La consagración de esta clase de derechos, como advierte Sierra (2003), implica la interposición entre las personas y el Estado de ciertos colectivos indígenas, dotados de determinadas potestades normativas (incluso consagradas en la carta fundamental si prospera el proyecto de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas hoy en trámite) y titulares de ciertos derechos colectivos. Como es fácil apreciar, el problema de reconocer derechos colectivos no es meramente una cuestión de falta de consistencia con una larga tradición jurídica de consagración de derechos individuales. Pero el énfasis en los derechos colectivos de los pueblos indígenas conlleva un riesgo adicional: desatender o restar prioridad a la satisfacción de los derechos individuales de sus integrantes.

h) Calidad regulatoria

La ratificación e implementación del Convenio también tienen consecuencias sobre lo que se podría llamar ‘calidad regulatoria’ del país. Una de las ventajas competitivas de un país es precisamente la existencia de reglas claras, conocidas y no discriminatorias para el desarrollo de negocios y proyectos de inversión. Dado que existe incertidumbre respecto a la naturaleza y extensión de las medidas que se adoptarán para implementar el Convenio, el desarrollo de actividades económicas en zonas de influencia de pueblos indígenas se verá afectado.

Una reflexión breve a modo de conclusión

El objetivo central de este trabajo ha sido analizar las implicancias políticas, jurídicas y de política pública que conlleva la ratificación e implementación del Convenio. De ese análisis resulta claro que hay razones para estimar que la incorporación del Convenio refuerza las ideas matrices de la actual política indígena, lo que permite anticipar una confirmación y profundización de esas ideas y no una revisión crítica de las mismas.

Como sostuvo el autor en un artículo previo (2008), “*una definición frente a estas variables debió haber motivado una reflexión más prudente respecto a la conveniencia de incorporar el Convenio a nuestro sistema jurídico por la vía de su ratificación*”. El Convenio, sin embargo, ya entró en vigencia y por tanto es hoy una realidad. La gran pregunta que debemos hacernos es cuán lejos queremos llegar con la implementación del Convenio. Las implicancias que se han analizado en lo precedente sugieren una aproximación conservadora, considerando que el Convenio en líneas gruesas comparte las orientaciones de la Ley Indígena y de las políticas públicas recientes, y que una y otras han demostrado serias falencias.

Bibliografía

- José Aylwin (2006) [Los derechos de los Pueblos Indígenas en Chile: un balance a la luz de un convenio no ratificado \(el N°169 de la OIT\)](#). Informe presentado en el Seminario Internacional Grado de Cumplimiento del Convenio N°169 en la Región Andina, organizado por FLACSO en Quito, Ecuador, 17 y 18 de agosto de 2006.
- José Aylwin (2009) [Convenio 169: desafío para Chile](#). Columna de opinión publicada en el Diario La Nación, 22 de septiembre.
- Centro de Estudios Públicos (2007) [Estudio de Opinión Pública Los Mapuche Rurales y Urbanos Hoy, Mayo 2006](#), Documento de Trabajo N°367, Enero 2007.
- Comisión de Relaciones Exteriores del Senado (2008) [Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, sobre aprobación del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización el Trabajo, el 27 de junio de 2989](#). Boletín N°233-10, Valparaíso, 9 de enero.
- CONADI (2008) [Convenio N°169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y su Implementación en Chile](#).
- Sebastián Donoso (2008) [Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro](#). Temas de la Agenda Pública, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 3, N°16.
- International Labour Organization (2009) [A Guide to ILO Convention No. 169](#). Publicado en sitio web www.ilo.org.
- Gary Johns (2001) [Look for Strength in the Mainstream](#). Columna de opinión publicada en el diario The Australian, 22 de noviembre.
- Libertad & Desarrollo (2009) [Convenio 169: ¿Hacia Dónde Deben ir los Cambios?](#) Temas Públicos N°922, 19 de junio.
- Mitra, S. K. (1990) ‘Introduction’, en Mitra, S. K. (Ed.) [Politics of Positive Discrimination. A Cross National Perspective](#), London, Sangam Books, 1990, págs. 1-8.

Lucas Sierra (2003)

La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. Revista Estudios Pùblicos, N°92, Centro de Estudios Pùblicos, primavera 2003.

Tribunal Constitucional

Sentencias de 4 de agosto de 2000 (Rol N°309) y de 3 de abril de 2008 (Rol N°1050).