



Revista Derecho del Estado  
ISSN: 0122-9893  
Universidad Externado de Colombia

Álvez Marín, Amaya; Becker Lorca, Arnulf  
**Los pueblos originarios y la práctica del derecho internacional en Chile:  
nuevos horizontes ante el debilitamiento de los legados del autoritarismo \*\*\***  
Revista Derecho del Estado, núm. 39, 2017, pp. 21-52  
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.03>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337654213003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto

# **Los pueblos originarios y la práctica del derecho internacional en Chile: nuevos horizontes ante el debilitamiento de los legados del autoritarismo\*\*\***

## **Indigenous people and International Law practice in Chile: New horizons before the weakening of the authoritarian legacies**

### RESUMEN

A partir de los años 1990 el derecho internacional ha comenzado a reconocer las demandas de los pueblos originarios. Desde entonces, los pueblos originarios han adquirido progresivamente el carácter de sujeto de derecho internacional. Para Chile este cambio debería haber sido significativo. Los años noventa no solo marcaron el fin de la Guerra Fría y la consiguiente renovada relevancia del derecho internacional; también fueron los años en que Chile recuperó su democracia. Mientras el país, siguiendo los avances del derecho internacional, comenzó a confrontar las violaciones a los derechos

\* PhD in Law, York University, Canadá. Profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Contacto: aalvez@udec.cl

\*\* SJD, Harvard Law School. Visiting Lecturer in International Relations, Brown University, USA. Contacto: arnulf\_becker@brown.edu

\*\*\* Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt n.º 1151158, “El régimen de derechos indígenas y el Estado chileno: escenarios futuros”, del cual la profesora Amaya Álvez Marín es co-investigadora, y en las labores realizadas por la académica Álvez como investigadora asociada del CRHIAM, Proyecto Fondap/Conicyt n.º 15130015. La Dra. Álvez agradece ambos apoyos institucionales. Agradecemos asimismo, al Instituto de Derecho y Políticas Globales (IGLP), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, bajo la dirección del profesor David Kennedy, que acogiéndonos como docentes, junto a la Dra. Liliana Obregón, del módulo “Derecho internacional latinoamericano en un contexto global” (LAIL), nos ha permitido trabajar de modo conjunto. Finalmente agradecemos el trabajo realizado por Emmanuel Arredondo como ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Chile. Todo error es imputable solamente a los académicos ÁLVEZ y BECKER.

Recibido el 8 de febrero de 2017, aprobado el 19 de abril de 2017.

Para citar el artículo: ÁLVEZ MARÍN, A. y BECKER LORCA, A. Los pueblos originarios y la práctica del derecho internacional en Chile: nuevos horizontes ante el debilitamiento de los legados del autoritarismo. *Derecho del Estado* n.º 39, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2017, pp. 21-52. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.03>

humanos cometidas durante la dictadura, el pasado colonial y las demandas de pueblos originarios siguen siendo ignorados. Argumentamos que los legados del autoritarismo en la disciplina del derecho internacional en Chile explican en parte la incapacidad de responder a las demandas de los pueblos originarios. Concluimos explorando la posibilidad de una renovación disciplinar en Chile a la luz del quiebre actual de los consensos que marcaron la transición. Aún es muy temprano para predecir si estos cambios traerán consigo una práctica del derecho internacional en Chile más receptiva a las demandas de los pueblos originarios.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho internacional, derechos humanos, pueblos indígenas, política chilena.

#### ABSTRACT

International law, since the 1990s has come to recognize indigenous peoples' demands. Since then, indigenous people have acquired the status of international legal subject. For Chile, this should have marked a significant departure. The 1990s inaugurated not only the end of the cold war and thus the renewed relevance of international law, but also the return to democratic rule. Following global trends, Chile started to confront the violation of human rights occurring during the dictatorship. But Chile's colonial past and the demands of indigenous peoples continue to be ignored. We argue that the legacies of authoritarianism in the Chilean practice of international law, explain in part the inability to respond to these demands. We conclude exploring the possibility of disciplinary renewal in light of the end of the political consensus that marked the Chilean transition to democracy. It remains to be seen if these shifts will render Chilean international lawyers more receptive to indigenous peoples' demands.

#### KEYWORDS

International Law, Human Rights, indigenous people, politics in Chile.

#### SUMARIO

Introducción. 1. Los pueblos originarios como sujetos de derecho internacional. 2. El derecho internacional como disciplina política. 3. Una reflexión sobre la enseñanza del derecho internacional en Chile. 4. La enseñanza del derecho internacional y los pueblos originarios en Chile. Reflexión final. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, los pueblos originarios han formulado estrategias de resistencia política y jurídica frente a ataques en contra de su autonomía. Dichas estrategias han sido dirigidas no solo contra los Imperios o los Estados que ejercen jurisdicción sobre sus territorios, sino también contra órganos que representan la comunidad internacional<sup>1</sup>. En especial, el derecho internacional, desde la segunda posguerra, ha ofrecido una plataforma de resistencia. En un primer momento, esta fue una plataforma imperfecta. El derecho a la autodeterminación, por una parte, y el derecho internacional de los derechos humanos, por otra, dejaban a los pueblos originarios en un “limbo jurídico”. La autodeterminación como derecho de una nación que surge solo ante la ocupación extranjera o la dominación colonial, y los derechos humanos como derechos individuales frente al Estado, dejaban a los pueblos originarios, en tanto pueblos insertos en Estados independientes, carentes de derechos colectivos.

Desde la década de 1990, con la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT<sup>2</sup> en 1991, y después con la adopción de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de las Naciones Unidas el año 2007, el derecho internacional comienza a ofrecer una plataforma de resistencia, no perfecta, pero más amplia, haciendo posible que los pueblos originarios demanden más o menos derechos de soberanía paralela.

En Chile, sin embargo, el derecho internacional ha sido particularmente ineficaz. Las demandas de autonomía de los pueblos originarios no han sido canalizadas significativamente a través del derecho internacional. Por largo tiempo el Estado de Chile y sectores del Pueblo Mapuche han recurrido a la violencia más que al derecho internacional para dirimir sus disputas, situación que se mantiene mientras escribimos este artículo.

Pareciera que las razones que explican esta ineficacia son obvias: los pueblos originarios invocan los derechos que el derecho internacional les reconoce y el Estado de Chile es reacio a cumplir con obligaciones que van en contra de su interés nacional. Así, como otros sujetos protegidos por el derecho internacional, como ciudadanos frente a la tortura o refugiados frente a la persecución, los pueblos originarios quedan a la merced del Estado y

1 Por ejemplo, las Cinco Naciones de los Iroquois, pueblos originarios de América del Norte, no solo formularon peticiones legales en defensa de su autonomía ante el Imperio Británico, sino también ante la Sociedad de las Naciones, enviando un delegado diplomático a Ginebra. Véase BECKER LORCA, A. *Mestizo International Law*. Cambridge University Press, 2014, 281-287.

2 C169 - *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado en Ginebra, durante el 76.º período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989; entró en vigor el 5 de septiembre de 1991, de conformidad con el artículo 38.

su voluntad soberana de cumplir o no las obligaciones internacionales que le atañen.

Sin embargo, varias teorías han surgido para explicar cómo el derecho internacional de los derechos humanos alcanza mayores grados de cumplimiento no obstante la discrecionalidad que los Estados retienen en virtud de su soberanía<sup>3</sup>. Cuando actores sociales a nivel doméstico interpelan a las autoridades locales invocando normas internacionales, entendidas como normas neutrales que protegen a individuos en tanto humanos, las autoridades locales se ven en la necesidad de articular respuestas universales –siempre y cuando los grados de presión internacional, transnacional o doméstica sean suficientes. Así comienza un proceso de diálogo en el cual la norma internacional es internalizada, proceso que Kathryn Sikking denomina una “cascada de la justicia”<sup>4</sup>. Este proceso de internalización de la norma altera el ambiente político local, transformando las identidades e intereses tanto de los Estados que violan derechos como de aquellos que son objeto de persecución. Se produce así la aculturación de los actores envueltos en la violación de derechos y la resocialización de las sociedades que aceptaban dichas violaciones, dando lugar como consecuencia a un círculo virtuoso en que los derechos humanos comienzan a ser respetados<sup>5</sup>.

Siguiendo el patrón identificado para el cumplimiento de los derechos humanos, podríamos decir que la ineficacia del derecho internacional para mediar en el conflicto entre el Estado de Chile y los pueblos originarios se explica en la incapacidad de establecer un diálogo entre actores sociales –ya sean transnacionales, ya sean locales chilenos o de los mismos pueblos originarios– y actores del Estado y la sociedad chilena en general, de manera de transformar las identidades y con ello los intereses del Estado y los pueblos originarios; lo anterior en el sentido de que el Estado chileno se piense a sí mismo como una comunidad política pluriétnica y que los pueblos originarios, a su turno, se vean a sí mismos como sujetos con derechos de soberanía paralela insertos dentro de la soberanía política chilena.

Las razones que explican por qué no ha habido una “cascada de la justicia” para los pueblos originarios en Chile son múltiples y complejas. Este artículo explora solo una de las dimensiones relevantes: la práctica del derecho internacional en Chile como indicio de las ideas y sentidos que para los profesionales legales chilenos tienen los pueblos originarios como sujeto de derecho internacional. Intentamos ilustrar un fenómeno similar al ocurrido

3 Véase, p. ej., SIMMONS, B. A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge University Press, 2009.

4 Véase SIKKING, K. “La cascada de la justicia”. *Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*. Barcelona: Gedisa, 2013.

5 GOODMAN, R. y JINKS, D. *Socializing states: Promoting human rights through international law*. Oxford University Press, 2013.

en el área de los derechos humanos. Sabemos que ni el poder judicial ni los profesionales abogados en general fueron cruciales para que una “cascada de la justicia” operara en Chile respecto de la violación de derechos humanos durante la dictadura, en la forma de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y tortura, por ejemplo. La lenta transformación hacia el respeto de los derechos humanos y el rechazo a la impunidad tuvo que lidiar con el apoliticismo legalista de jueces y abogados, transformación que operó más por la acción de actores sociales chilenos y transnacionales que articularon el discurso de los derechos humanos, que por la acción de actores tradicionales del ámbito jurídico chileno<sup>6</sup>. En consecuencia, tratamos de ilustrar aquí un fenómeno similar al de los derechos humanos en Chile. Una práctica del derecho internacional que no reconoce a los pueblos originarios como sujetos de derecho se condice con el discurso político predominante que niega el carácter pluriétnico de Chile. Así el conflicto entre los derechos de soberanía paralela que el derecho internacional reconoce a los pueblos originarios y el derecho de soberanía unitaria y homogénea invocado por el Estado de Chile, como conflicto entre modelos jurídicos que reflejan concepciones políticas contrapuestas, queda invisibilizado.

Una comunidad académica del derecho internacional predominantemente conservadora, ideológicamente estatista y metodológicamente formalista no deja espacio para la articulación de diálogo que pueda iniciar una “cascada de la justicia” para los pueblos originarios que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de Chile. Por ello, no debiera sorprender que una comunidad epistémica empobrecida no ofrezca soluciones a las demandas de los pueblos originarios.

En la sección que sigue explicamos las transformaciones que desde los años noventa ha experimentado el derecho internacional, culminando en la concepción de los pueblos originarios como sujetos de derecho internacional. En la tercera sección explicamos cómo dichos cambios se enmarcan en una idea política del derecho internacional que a su vez tensiona los modos tradicionales de concebir el derecho. Finalmente, en la cuarta y quinta sección del artículo investigamos la práctica escolástica y académica del derecho internacional en Chile y el lugar que en ellas ocupan los pueblos originarios. Específicamente argumentamos que uno de los legados del autoritarismo, el ambiente societal acrílico e irreflexivo que caracterizó la transición chilena, se refleja también en la práctica formalista y acrílica del derecho internacional. Concluimos con una breve reflexión sobre el Chile contemporáneo. Movilizaciones de estudiantes y de otros movimientos sociales han posiblemente debilitado los legados del autoritarismo. ¿En qué medida puede esta

6 Véase HILBINK, L. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge University Press, 2007, y HUNEUS, A. Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn. *Law & Social Inquiry*. Vol. 35, n.º 1, 2010, 99-135.

renovación disciplinar contribuir al reconocimiento de los pueblos originarios como sujetos de derecho internacional?

# 1. LOS PUEBLOS ORIGINARIOS COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

En la década de 1990 se produjo un cambio de perspectiva que irradió desde la comunidad internacional hacia los pueblos indígenas. Benedicto Kingsbury defiende la noción de pueblos indígenas como una categoría jurídica, de gran poder normativo como sujetos del derecho internacional contemporáneo. Las distinciones bárbaros-civilizados son menos visibles hoy, ya que han sido reemplazadas por categorías universales como el discurso de los derechos humanos. Sin embargo, sobre el terreno, está claro que el derecho internacional funciona de manera diferente en el centro que en la periferia. El discurso de los derechos humanos ha sido criticado parcialmente por su incapacidad de interrumpir el pasado colonial<sup>7</sup>.

En el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 1957<sup>[8]</sup> la idea central era que los pueblos indígenas y tribales desaparecerían con la modernización, y por ello el principal acento estaba puesto en la integración u homologación. Esto ya había sido impuesto desde hace tiempo en América Latina mediante el proceso de conquista y colonia que se proyectó sobre los pueblos indígenas como un derecho exclusivo de “orientación a la civilización” que las élites latinoamericanas decían poseer<sup>9</sup>. Como señala Liliana Obregón, “la dicotomía civilización-barbarie se convirtió en el eje definitivo” para tratar las problemáticas entre conquistadores y población nativa<sup>10</sup>.

En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que el enfoque integracionista del convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno<sup>11</sup>. Se cambió entonces la perspectiva por medio del Convenio 169 de la OIT del año 1989, siendo la principal diferencia la aceptación de las comunidades indígenas con carácter de sociedades permanentes, por lo que el tratado persigue recon-

7 MUTUA, M. Savages. Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights. *Harv. Int'l LJ.* Vol. 42, 2001, 201-585.

8 C107 – *Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1957, Convenio relativo a la protección e integración de indígenas y otras tribus y poblaciones semi tribales en países independientes, adoptado en Ginebra durante el 40.º Período de Sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 26 de junio de 1957, entró en vigor el 2 de junio de 1959.

9 BECKER. *Mestizo International Law*, cit., 72.

10 OBREGÓN, L. The civilized and the uncivilized. En B. FASSBENDER y A. PETERS (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2011.

11 Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169) Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2013, 4.

ocer y respetar la diversidad étnica y cultural. Se pretende crear un derecho internacional aplicable potencialmente a 5.000 pueblos indígenas y tribales, que constituyen una población aproximada de 370 millones de personas en 70 países en el mundo<sup>12</sup>. Su protección continúa siendo el objetivo principal, pero ahora con base en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias, lo que supone un cambio profundo en el modo en que hasta entonces el derecho internacional había asimilado forzosamente a los pueblos indígenas y tribales. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo. Este tratado tenía al año 2016 solamente veintidós países signatarios, pero respecto de Latinoamérica posee mucha relevancia ya que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que esta norma de derecho internacional forma parte del corpus en materia de derechos humanos<sup>13</sup>.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007<sup>14</sup> constituye un paso adelante respecto del Convenio 169 de la OIT. Por una parte, se trata de un acuerdo adoptado con el apoyo de 144 Estados miembros de la comunidad internacional (Chile entre ellos), 11 abstenciones y 4 votos en contra. Este apoyo transversal, no obstante no tratarse de una convención o tratado vinculante, contiene derechos humanos que podrían adquirir el estatus de derecho internacional consuetudinario al reflejar un consenso respecto de los derechos indígenas a nivel global. Se ha indicado que se espera respecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de los Estados una aplicación estricta<sup>15</sup>. El documento reconoce en el artículo tercero que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propio desarrollo económico, social, cultural y a administrar, en beneficio propio, sus recursos naturales. Este derecho a la libre determinación se nutre de la obligación de los Estados respectivos de consultar previamente y obtener un consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas presentes en su territorio<sup>16</sup>. Este poder de veto indígena se asimila al concepto de soberanía indígena, ya que apunta al autogobierno relacionado con el ejercicio de ciertas facultades soberanas que los pueblos

12 Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º 169). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013, xi.

13 Así, ej., en la causa *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de Fondo y Reparaciones de 27 de junio de 2012.

14 Resolución Asamblea General de Naciones Unidas, A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

15 Informe de la Comisión de Derechos Humanos, 18.ª sesión. E/3616/rev.1, párr. 105.

16 Art. 3 de la Declaración ONU 2007 sobre Pueblos Indígenas; art. 1 PIDESC y PIDCP.



indígenas tienen derecho, en principio, a reclamar y eventualmente a hacer cumplir a nivel nacional e internacional. Ello significa que el resultado de una consulta previa dependerá del otorgamiento o no de consentimiento por parte de quienes resultan directamente afectados.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 reconoce los elementos más relevantes de la soberanía paralela: la autonomía o autogobierno, la propiedad en cabeza de los pueblos indígenas de las tierras tradicionales, incluyendo los recursos naturales (sin interferencias externas y con efectivo, libre consentimiento informado), y el reconocimiento de su derecho consuetudinario. La autodeterminación en el caso de los pueblos indígenas requiere el reconocimiento de los derechos colectivos, la existencia de legalidades alternativas y un espacio político general para tomar decisiones. Un tratamiento extensivo de los derechos a la autodeterminación indígena y al Estado, especialmente desde una perspectiva comparada, es el paso siguiente necesario en este proyecto, si bien excede los límites del presente trabajo<sup>17</sup>.

En Chile, por primera vez, los pueblos indígenas son reconocidos como sujetos de derecho internacional, luego de que el Convenio fuera ratificado por el Congreso Nacional a fines de los años noventa<sup>18</sup>, en cuanto poseedores de derechos colectivos, tales como el derecho a la consulta previa y a la participación antes de la promulgación de cualquier medida estatal que les afecte directamente. Es muy relevante cómo, frente a esta norma de derecho internacional, el Estado de Chile se comprometió a dar aplicación efectiva al Convenio 169 de la OIT en consulta con los pueblos indígenas y, en particular, a asegurar su participación en la esfera política<sup>19</sup>. Es también importante resaltar que los requerimientos dispuestos por el Convenio 169 de la OIT respecto del tratamiento histórico de asimilación forzada de los pueblos indígenas en Chile han significado una actitud defensiva de parte de la institucionalidad. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional hubo de manifestarse en un primer fallo relativo al Convenio 169 de la OIT<sup>20</sup>, frente a un requerimiento de 31 diputados, quienes solicitaban se declarara la inconstitucionalidad de todo el Convenio 169 de la OIT o, en subsidio, de un listado de disposiciones del mismo, por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con el quórum requerido, además de contravenir las bases de la

17 KINGSBURY, B. "Indigenous peoples" in *International Law: A constructivist approach to the Asian controversy*. *American Journal of International Law*, 1998, 414-457.

18 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, publicado en el *Diario Oficial* con fecha 14 de octubre de 2008, con entrada en vigencia diferida en el ordenamiento interno a partir del 15 de septiembre de 2009.

19 A/HRC/12/10, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, junio 2009, párr. 96, n.º 66.

20 Tribunal Constitucional, causa Rol n.º 309 de 7 de julio de 2000, somete a control de constitucionalidad el Convenio 169 de la OIT.

institucionalidad. Se estableció entonces por el Tribunal una distinción entre normas no autoejecutables, coincidentemente todas referentes a recursos naturales, tierras y territorios indígenas (arts. 9, 10, 14 y 15 del Convenio), y normas autoejecutables, entre ellas el derecho a la consulta y la participación (art. 6 n.º 1 letra a y art. 7 n.º 1), reconociéndose a estas últimas un efecto vinculante, sin necesidad de normas internas de intermediación y, además, sin que ello se considerara una limitación a la soberanía. Un segundo fallo del Tribunal Constitucional del año 2008<sup>[21]</sup>, mediante el denominado control previo de constitucionalidad, confirma la visión de que los artículos referentes a la consulta y la participación indígena (arts. 6 y 7) modifican la normativa interna de rango infra constitucional, declarándose la constitucionalidad de los preceptos de derecho internacional examinados<sup>22</sup>.

En términos numéricos, de acuerdo a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2015 (Casen 2015), la población que se autodefine como perteneciente a pueblos indígenas en Chile asciende a 1.565.915 personas, que equivale al 9,1% de la población total del país<sup>23</sup>. Quizás el dato más interesante es que este porcentaje se ha elevado en 2,5 puntos porcentuales en los últimos 7 años, exactamente desde la ratificación por Chile del Convenio 169 de la OIT.

En Chile, con antelación al Convenio 169 de la OIT, el artículo 34 de la Ley 19.253, conocida como “Ley indígena”, indicaba que los servicios de la administración del Estado y las organizaciones 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. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, estos, a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozcan a otros grupos intermedios. La norma interna entonces se satisfacía con escuchar la opinión de aquellos, pero en ningún caso debía consultárseles previamente o buscarse un acuerdo.

No obstante, el texto de la Convención establece normas para cumplir con los derechos de consulta (art. 6) y participación (art. 7). El Estado chileno debió desarrollar regulación administrativa para cumplir con los requerimientos dispuestos en el Convenio 169 de la OIT. El primer decreto administrativo fue el n.º 124 de 2008 del Ministerio de Planificación Nacional<sup>24</sup>, el cual esta-

21 Tribunal Constitucional, causa Rol n.º 1050 de 3 de abril de 2008, somete por segunda vez a control de constitucionalidad el Convenio 169 de la OIT.

22 ESPINOZA, M. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. *Revista Derecho del Estado*, n.º 37, 2016, 229-254.

23 Encuesta de caracterización socioeconómica, Casen 2015, Ministerio de Desarrollo Social, 80-84.

24 DS 124/2009 Ministerio de Planificación Nacional.

bleció un procedimiento que fue rechazado por los pueblos indígenas. Entre las principales críticas estaba: que no había consultado previamente con los propios pueblos, que solamente obligaba a algunos órganos del Estado, que la consulta era respecto de algunos proyectos aleatoriamente seleccionados, y únicamente en lo relativo a tierras indígenas declaradas formalmente, por lo que dejaba fuera a los territorios indígenas, que la voz “pueblo” se confundía con etnia indígena, que otorgaba plazos muy breves, por ejemplo, 15 días, lo que no permitía llegar a un acuerdo y más bien imponía una toma de acuerdo para cumplir formalmente con un proceso de consulta, y, finalmente, que presentaba la consulta como un proceso informativo y no vinculante. Esta es una parte de las críticas formuladas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) al Estado de Chile en su primer informe anual de 2010<sup>[25]</sup>.

La reglamentación de la consulta fue reemplazada por otro instrumento jurídico. El Decreto n.º 66 del Ministerio de Desarrollo Social, de 2014<sup>[26]</sup>, sustituyó la normativa interna en materia de consulta. Sin embargo, se considera que tampoco logró establecer un sistema de consulta adecuado que cumpla con los estándares de derechos humanos establecidos por el Convenio 169 de la OIT<sup>27</sup>. En marzo de 2016 la OIT publicó el informe del Comité encargado de examinar la alegación de incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (n.º 169), formulada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Primer Sindicato Inter-empresarial de Mapuches Panaderos de Santiago<sup>28</sup>. Parte de las alegaciones de la organización mapuche consisten en que, al requerir para consultar el decreto n.º 66 un impacto “significativo y específico”, el Gobierno introduce una restricción adicional no coherente con el derecho internacional de los derechos humanos, situación reconocida a nivel regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>29</sup>. El informe aceptó los argumentos del Gobierno e hizo algunas sugerencias, comenzando con un enfoque positivo en un proceso que se considera adecuado, no obstante su lento avance. Así el fallo quita poder político a los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, ya que indica que las consultas que requiere el Convenio no tienen que tener como resultado la obtención de un acuerdo o consentimiento sobre aquello que haya sido consultado<sup>30</sup>.

25 El Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH), en su Informe Anual 2010, reporta que el DS 124 del año 2009 no cumple con las normas internacionales de derechos humanos aplicable a la consulta (pp. 99 ss.).

26 DS 66/2014 Ministerio de Desarrollo Social.

27 Informe de la OIT 2014 sobre Chile demandó una irregular adopción de las normas de procedimiento interno de consulta.

28 Doc. GB.326/INS/15/5, párr. 203.

29 CIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 de junio de 2012, párr. 164.

30 CIT, 1989, Actas Provisionales, 25/14, párr. 74.

La experiencia de las recientes consultas con los pueblos indígenas muestra que Chile no ha cumplido con implementar una consulta genuina, de buena fe, con un mecanismo representativo para adoptar decisiones de manera que se respeten los estándares de derechos humanos y la calidad de sujetos de derecho internacional de los pueblos indígenas<sup>31</sup>. Es también pertinente señalar que el artículo 15 (1) del Convenio 169 de la OIT indica que el Estado tiene el deber de garantizar que los recursos se utilicen para el bienestar de su gente.

Claramente, existe cierto potencial emancipador en el uso del derecho internacional para los pueblos originarios. Así por ejemplo, consideremos que existe un creciente cuerpo de jurisprudencia de las instituciones de derechos humanos resultante de las colisiones entre los derechos de los pueblos originarios y las industrias extractivas. Por otro lado, las instituciones también han expresado su preocupación por el derecho a la participación en sus territorios, tal como se establece en el Opinión General n.º 4 (2012) del Mecanismo de Expertos sobre Pueblos Indígenas<sup>32</sup>.

Aún más, el derecho internacional reconoce a los pueblos originarios derecho a un espacio político. El artículo 14 de la Declaración de las Naciones Unidas reconoce a los pueblos indígenas el derecho a controlar sus sistemas e instituciones docentes en concordancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje<sup>33</sup>. El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU reconoció en 2009 que el derecho a la educación se vincula a su desarrollo colectivo, a su libre determinación y al uso de sus tierras, territorios y recursos naturales<sup>34</sup>. Frente al modelo extractivista vigente en Chile hoy, el mayor impacto que el derecho internacional podría tener respecto de los pueblos indígenas sería reconocer el derecho a participar en la adopción de decisiones de un modo colectivo y exigir realmente un consentimiento previo, libre e informado (veto indígena)<sup>35</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también han sido actores clave en la región de América Latina durante medio siglo. El principal marco normativo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978 y que tuvo por objeto imponer obligaciones específicas y jurídicamente vinculantes<sup>36</sup>. Para algunos autores, como Samuel Moyn, las razones para

31 Casos recientes de consulta indígena terminan siendo judicializados o simplemente descuidados por los representantes indígenas.

32 UN Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples "Final Study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making (A/HRC/18/42).

33 Lo mismo les reconoce el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT.

34 A/HRC/12/33.

35 Opinión Mecanismos de Expertos en Pueblos Indígenas n.º 2 del año 2011 A/HRC/18/42 y n.º 4 del año 2012 A/HRC/21/55.

36 Organización de los Estados Americanos, OASTS 36, 1144 UNTS 123. Disponible en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.cidh.org>

adoptarlo pueden encontrarse parcialmente en la lucha de Estados Unidos, especialmente por parte de la administración Carter, para resistir y contener al comunismo. En opinión de Moyn, el sistema interamericano fue visto como herramienta diplomática y retórica más que como agente transformador<sup>37</sup>. Sin embargo, tomó forma durante los regímenes autoritarios porque parte de la población se resistió a la represión estatal en términos de derechos humanos<sup>38</sup>. Para otros, debido a las particularidades de los derechos humanos de América Latina, y como respuesta a los regímenes militares de los años ochenta, el sistema interamericano se volvió hacia una tendencia mundial de hacer cumplir las normas de derechos humanos basadas en las reivindicaciones de la dignidad humana en lugar de la lucha política bajo la forma de derechos legales<sup>39</sup>. Para combatir esta violencia, la Corte, en aplicación del artículo 2 de la Convención Americana, exigió a los Estados miembros el respeto y garantía del pleno y libre ejercicio de los derechos contenidos en el tratado imponiendo –por lo tanto– un requisito de armonización. La vía ortodoxa para lograr la armonización es a través de un proceso legislativo democrático. Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó el trato procesal de Chile a los pueblos indígenas en 2014 ante un tribunal de justicia en el caso de Norín Catriman y otros (Lonkos Mapuches) contra Chile<sup>40</sup>.

La jurisprudencia muestra cómo los pueblos indígenas también comenzaron a buscar en los tratados internacionales sobre derechos humanos aquello que les permitiera apelar y obtener justicia más allá de las fronteras estatales<sup>41</sup>. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó en el caso *Saramaka People vs. Suriname* que la sección 1 del PIDESC y el PIDCP otorgan a los pueblos indígenas el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales de manera que no sean privados de sus medios de subsistencia. Por aplicación de esta jurisprudencia, si el Estado quisiera desarrollar un proyecto, debería asegurar la participación efectiva de la comunidad a través del deber de consultarla activamente y obtener, de acuerdo a

37 Jimmy Carter, presidente estadounidense (1977-1981), firmó el Convenio en 1977 pero el Senado de Estados Unidos nunca siguió con la ratificación.

38 MOYN, S. *The last utopia*. Harvard University Press, 2010, 144.

39 En Chile, un número oficial de 2.279 personas fueron asesinadas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 durante el régimen de Pinochet, según la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Informe en línea: [http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html)

40 2014, C-279, CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catriman y otros (Lonkos Mapuches) contra Chile*.

41 ANAYA, S. J. y WILLIAMS Jr, R. A. The protection of indigenous peoples' rights over lands and natural resources under the Inter-American human rights system. *Harv. Hum. Rts. J.*, 2001. Vol. 14, 33.

los últimos avances en el derecho internacional de los derechos humanos, su consentimiento libre, previo e informado<sup>42</sup>.

Esta sección explora los esfuerzos de descolonización de Chile por medio de la consagración de los pueblos originarios como sujetos de derecho a nivel internacional, desde las articulaciones formales en el derecho internacional hasta las disputas y tensiones subyacentes a nivel nacional. Estas tensiones incluyen la manera como los actores domésticos y los pueblos originarios están propulsando al Estado soberano a modificar su actuar interno través de normas internacionales de derechos humanos.

## 2. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DISCIPLINA POLÍTICA

Los cambios en el derecho internacional que ha significado la inclusión de los pueblos originarios como sujeto de derecho se enmarcan en una serie de cambios en el orden internacional y en el lugar que ha ocupado el derecho internacional desde los años noventa, cambios que justifican explorar el derecho internacional desde el punto de vista de su práctica disciplinar. El fin de la Guerra Fría trajo consigo la renovación disciplinar en el derecho internacional, orientada a la “alianza del derecho internacional con las fuerzas del cambio” asociado al fin del conflicto ideológico<sup>43</sup>. Por una parte, el impulso de renovación disciplinar se vincula a la idea de que los cambios experimentados por el sistema internacional desde comienzos de la década de 1990 fortalecen el orden jurídico internacional. El fin del orden bipolar, el consiguiente “triunfo” de la democracia como forma de régimen en el mundo occidental y los cambios tecnológicos que facilitan de manera inédita las comunicaciones y el comercio internacional constituyen condiciones favorables para que un derecho internacional liberal-cosmopolita exprese todas sus capacidades normativas<sup>44</sup>. Este escenario no ha estado exento de corrientes que miran con escepticismo la “renovación” y “la nueva época”, planteando nuevos interrogantes acerca de los sentidos del derecho internacional, enfatizando preguntas que en el nuevo contexto internacional resultan aún más difíciles de responder<sup>45</sup>, o bien considerando la renovación como una continuidad en lo que conforma una trayectoria más amplia de la disciplina.<sup>46</sup>

42 *Saramaka People v. Suriname* (2007) Inter-American Court of Human Rights, paras. 129-134.

43 MARKS, S. The End of History? Reflections on Some International Legal Theses. *European Journal of International Law*. Vol. 8, n.º 3, 1997, 449-477.

44 Expresada. Verbigracia, en el peso y uso que adquieren nociones como intervención humanitaria, sociedad civil global, proceso legal transnacional o derecho a la democracia. Marks cita como ejemplo de esa tendencia a Slaughter. *Revolution of the spirit*. *Harv. Hum. Rts. J.* 1990, 1.

45 Véase CASS, D. Z. Navigating the newstream: Recent critical scholarship in international law. *Nordic Journal of International Law*. Vol. 65, n.º 3, 1996, 341-383, 342.

46 Para Kennedy, por ejemplo, la “renovación” y la “nueva época” constituyen reacciones

El “retorno del derecho internacional”, por tanto, remite simultáneamente al reconocimiento de su relevancia y a la apertura de intensos debates acerca de los usos y significados de la disciplina. En términos generales se advierte la emergencia de profundas escisiones al interior del pensamiento de derecho internacional contemporáneo entre tres grandes visiones: la legalista-pragmática, la visión liberal- cosmopolita y las aproximaciones críticas al derecho internacional –la primera constituyendo el núcleo tradicional de la disciplina, la segunda adscribiéndose a la renovación disciplinar y la última contraponiéndose en general a ambas corrientes<sup>47</sup>.

Así, al mismo tiempo que se proclama el “retorno del derecho internacional”, la práctica contemporánea de la disciplina se encuentra atravesada por múltiples debates y confrontaciones, centradas ya no solo en cuestiones dogmáticas circunscritas a la técnica jurídica, sino en la naturaleza del derecho internacional, sus características y significación. Es por ello que es relevante explorar la práctica del derecho internacional en un entorno disciplinar específico como el chileno, puesto que de la práctica dependerá finalmente la naturaleza del derecho internacional.

Pero antes de referirnos a la práctica chilena debemos examinar brevemente la diversidad de posturas que caracterizan el derecho internacional en tanto disciplina global. En particular, aquellas que no reducen lo jurídico a la regla legal formal. En el marco del derecho en general, estas posturas tienen su origen en el movimiento jurídico realista que a su vez surgió como reacción al formalismo jurídico<sup>48</sup>. En términos extremadamente generales, dentro del realismo jurídico se distinguen dos grandes proyectos, uno “crítico” y uno “positivo”. El primero impugna la certeza y predictibilidad jurídica sustentada por el formalismo jurídico, afirmando el carácter indeterminado del derecho. Como heredero del proyecto crítico del realismo surge en los años ochenta (en el ámbito del derecho en general) el movimiento *Critical Legal Studies* (CLS), que en el ámbito del derecho internacional se expresa en la aparición de las denominadas nuevas aproximaciones al derecho internacional o “nueva corriente”. Según Tushnet, los CLS, más que una escuela de pensamiento jurídico, conforman un “movimiento”, por lo cual no poseen un componente intelectual definitorio, sino que se caracterizan por constituir un lugar político donde los autores comparten ciertos compromisos intelectuales respecto de la visión sobre el derecho que sustentan. Para Tushnet,

de la disciplina a fin de enfrentar e intentar superar la incertidumbre que la post Guerra Fría significa para la identidad disciplinar. KENNEDY, D. My Talk at the ASIL: What Is New Thinking in International Law? *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. The American Society of International Law, 2000, 104-125.

47 SIMPSON, G. The situation on the international legal theory front: The power of rules and the rule of power. *European Journal of International Law*. Vol. 11, n.º 2, 2000, 439-464.

48 Se trata del realismo jurídico de 1920-1930, que surgió con mayor fuerza en Estados Unidos, y de las posturas socio-legales que surgieron al mismo tiempo en Europa.



tales compromisos son la indeterminación legal, el interés por el contexto y el derecho como política<sup>49</sup>.

En segundo lugar, el realismo jurídico comprendía también un proyecto “positivo” destinado a superar el vacío dejado por la indeterminación mediante el análisis de las cuestiones de *policy*, es decir, enfatizando el aspecto funcional del derecho en cuanto sistema jurídico, abordado entonces en el marco general de las ciencias sociales. El mayor influjo que ejerció y ejerce esta última tendencia en la disciplina del derecho internacional significa la preeminencia de una interpretación funcionalista del sistema jurídico internacional, de modo de contar con un método útil para facilitar la toma de la decisión jurídica, posibilitando la identificación del interés y valor social inherente al derecho internacional. En consecuencia, aparecen en el ámbito del derecho internacional corrientes que relacionan lo legal internacional con alguna esfera social, económica o política determinada. Así se distinguen principalmente las escuelas que enfatizan el ámbito de políticas y los intentos de interdisciplinariedad entre derecho internacional y relaciones internacionales producto del encuentro entre una visión legal liberal y la corriente de relaciones internacionales institucionalista de corte neoliberal.

La práctica del derecho internacional, en tanto disciplina global donde cohabitan una variedad de posturas teóricas y metodológicas diferentes, contrasta diametralmente con la disciplina del derecho internacional en Chile, caracterizada por el predominio del formalismo legal como postura<sup>50</sup>.

Desde la década de 1990, la práctica chilena se encuentra atravesada por una profunda brecha epistemológica, tanto respecto de sí misma cuanto de la disciplina del derecho internacional en general. La desvinculación entre los lugares de práctica, la ausencia de investigación y de reflexión crítica, y la debilidad de la docencia del derecho internacional en Chile sugiere que, en general, el entorno disciplinar chileno de los años noventa se desenvuelve al margen de los debates fundamentales de la disciplina y las ideas o posturas teóricas en juego<sup>51</sup>. Carece, por lo tanto, de comunidades epistémicas; esto es, de un conjunto de practicantes que al confrontar el derecho internacional conformen entendimientos intersubjetivos acerca de su propia práctica –constituyéndose así en una “comunidad de conocimiento”.

Es precisamente al interior de las comunidades de práctica donde se juegan los entendimientos de la disciplina que pueden hacer del derecho internacional algo sustantivo (en términos de un quehacer reflexivo abierto a los significados y significaciones que el derecho internacional adquiere a

49 TUSHNET, M. Critical legal studies: A political history. *Yale Law Journal*, 1991, 1515-1544, 1516.

50 Véase BECKER LORCA, A. El derecho internacional en Chile: explorando las inercias de una práctica (ir)relevante. Tesis de Magíster en Derecho inédita, 2000.

51 Véase *ibíd.*



partir de su práctica –interpretación) o algo irrelevante (en tanto quehacer circunscrito exclusivamente a la técnica formal); de modo que forma parte de toda interpelación al derecho internacional la pregunta por los sentidos que adquiere la disciplina en un entorno disciplinar determinado.

En Chile existe una brecha epistemológica. La divergencia entre conocimiento y práctica irrelevante no es fortuita, sino que modos irrelevantes de practicar la disciplina del derecho internacional son funcionales a las características de un “modelo” político chileno que se entiende principalmente en términos de inserción (económica internacional), respondiendo a las relaciones de poder del sistema internacional y específicamente a la hegemonía del discurso neoliberal.

Primero, en la medida que la marginalización del derecho internacional constituye una discontinuidad en la trayectoria de la disciplina chilena que la aleja de períodos en que a partir del derecho internacional se pensó tanto a la región como al país<sup>52</sup>. Una visión formalista circunscribe el quehacer del derecho internacional a la identificación de las normas legales aplicables en las relaciones interestatales, entendidas estas en cuanto existen jurídicamente en su distinción de lo político.

Segundo, una práctica poco sustanciosa es funcional al mantenimiento del *status quo* internacional, puesto que de una versión irrelevante del derecho internacional no se pueden esperar ni visiones alternativas, ni argumentos para confrontar de manera crítica desde Chile la estructura internacional<sup>53</sup>.

Pudiera objetarse que una crítica del carácter formalista y políticamente neutro de la práctica chilena es injusta puesto que el derecho, tanto de hecho como normativamente, debe ser distinto del ámbito político. En respuesta decimos que no se trata de política partidista, sino de lo político y de la capacidad de un discurso legal como el derecho internacional de incidir en lo político. Entendemos por lo político la capacidad de los sujetos colectivos de incidir sobre las cualidades y atributos que adquiere cualquier clase de convivencia en un entorno determinado. Por ello lo político no se sitúa ni circunscribe necesariamente a un ámbito específico o pre-delimitado como el de la política partidista. “Toda práctica societal que cumpla la condición de búsqueda deliberada de incidencia sobre la distribución de valores y recursos en un contexto de interacción colectiva determinado, es política”<sup>54</sup>.

52 Véanse ejemplos de práctica significativa en BECKER LORCA, A. International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harv. Int'l LJ*. Vol. 47, 2006, 283.

53 Recuérdese el carácter impugnador del orden internacional predominante que han tenido, principalmente en los años setenta, nociones de derecho internacional tales como “libre determinación de los pueblos”, “patrimonio común de la humanidad”, “zona económica exclusiva” o “Nuevo Orden Económico Internacional”.

54 MENÉNDEZ-CARRIÓN, A. Para repensar la cuestión de la gobernabilidad desde la ciu-

Así, la pretensión de las visiones tradicionales del derecho internacional de distinguir un ámbito propiamente jurídico respecto de un contexto político constituye una opción de carácter analítico que reduce el espacio político y despolitiza el derecho internacional. La idea de “neutralidad” dispone las sensibilidades disciplinarias a la despolitización de la práctica y del derecho internacional, fortaleciendo la idea de la “inevitabilidad” de un sistema internacional definido de conformidad con la ideología liberal. Empleamos la noción de despolitización solo en el sentido de asumir la idea política liberal de la instancia jurídica en su distinción de la política, lo cual ciertamente constituye una opción política: es decir, un modo de posicionarse ante el poder, de entender el poder y el “ser” y “deber ser” de su ejercicio.

Reconocer la realidad legal internacional como construcción intersubjetiva implica el reconocimiento del derecho internacional como espacio político. En ese sentido, al igual que cualquier intento de delimitación disciplinar, un recorte formalista-positivista centrado en las reglas formales es político, a pesar de su pretensión de objetividad en la conformación de un espacio propiamente jurídico que acoge un quehacer disciplinar técnico.

James Boyle ha sugerido que en la pretensión de estar trabajando con la “esencia del derecho internacional” –de la cual emanaba la autoridad de la doctrina jurídica, sea que se tratase de la “verdadera” fuente, el principio de derecho internacional o la interpretación de la regla– opera la reificación, que hace de las nociones o argumentaciones jurídicas internacionales “cosas”<sup>55</sup>. Este esencialismo legal esconde una determinada forma (artificial) de “cierre” del mundo, de modo que, mientras una práctica del derecho internacional que implícitamente asuma el recorte formalista-positivista lleva a los practicantes a entender su práctica un abocarse a la mera descripción de “algo” y su “esencia” (la norma, la obligación, la fuente), “de hecho están implementando un conjunto de argumentos profundamente políticos”<sup>56</sup>.

En suma, del reconocimiento que las corrientes críticas otorgan al carácter político del derecho internacional resulta el cuestionamiento de la pretensión de universalidad y objetividad de este. Dicha pretensión deriva de un proceso de construcción de entendimientos compartidos al interior de la disciplina y sustentados en el ideal de derecho internacional liberal y las cualidades atribuidas al método positivista; de modo que la realidad jurídica (intersubjetiva) internacional adquiere una condición objetiva y universal.

Es por esto que la aproximación crítica se interesa por el substrato cultural del derecho internacional. El espacio de constitución de entendimientos

dadanía. Dilemas, opciones y apuntes para un proyecto. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Vol. 1, n.º 1, 1991, 79-98, 81.

55 BOYLE, J. Ideals and things: International legal scholarship and the prison-house of language. *Harv. Int'l. L.J.* Vol. 26, 1985, 327.

56 *Ibíd.*, 358.

compartidos permite advertir las características con que se presenta el discurso legal en las diferentes escuelas teóricas. La visión crítica se entiende entonces como esfuerzo de toma de distancia de las prácticas convencionales para explorar la idea que estas tienen del derecho internacional, develando la naturaleza arbitraria de sus mecanismos supuestamente neutrales y la incoherencia de un discurso legal que reclama coherencia.

Estos ejercicios de deconstrucción además de posibilitar nuevos entendimientos del derecho internacional, trazan un espacio disciplinar alternativo. La identificación de la base ideológica<sup>57</sup> en que descansa la idea de orden jurídico internacional permite el abandono explícito de la idea de objetividad legal con el propósito de poner fin a la negación de lo político en el derecho internacional<sup>58</sup>. Dicha redefinición del derecho internacional no se centra entonces en una teoría jurídica para volver a cerrar el ámbito jurídico según otros sustentos, sino que enfatiza el quehacer disciplinar abierto a la conformación de diversos entendimientos intersubjetivos jurídico-internacionales al interior del espacio que la práctica constituye. Luego, una comprensión del derecho internacional centrado en la práctica disciplinar será consciente del papel de las identidades e intereses de sus practicantes en tanto articuladores de la realidad jurídica internacional.

### 3. UNA REFLEXIÓN SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CHILE

¿Cuáles han sido las realidades internacionales creadas por los practicantes de la disciplina en Chile? Cabe precisar que esta pregunta es relevante plantearla respecto de Chile. Primero, porque el carácter relativamente emblemático de Chile en Latinoamérica está estrechamente relacionado con el rol que tuvo este país en la educación y el desarrollo de las ciencias sociales. En segundo término, las características del nacimiento y desarrollo de las ciencias sociales en Chile se relacionan a su vez con la disciplina del derecho internacional en la medida que, en general, el derecho se mantuvo al margen de las dinámicas de modernización que las ciencias sociales experimentaron a partir de mediados del siglo xx.

El reconocimiento de la importancia de la investigación científica en Chile para su desarrollo social y económico llevó a instalar y consolidar progresivamente una infraestructura orientada a la investigación de proyección latinoamericana. Se trataba de superar el decimonónico modelo napoleónico que divide enseñanza e investigación, que Heinz Sonntag identifica

57 Ideológico en el sentido de los entendimientos que legitiman la forma que adopta el orden social predominante. Para un análisis respecto del derecho internacional véase Marks, 2001.

58 KOSKENNIEMI, M. The politics of international law. *Eur. J. Int'l L.* Vol. 1, 1990, 4.

como una de las cargas heredadas del pasado que tuvieron que removerse a fin de posibilitar la institucionalización de las ciencias sociales en América Latina<sup>59</sup>. Así, Chile, desde mediados de los años cincuenta, se transformaría en centro académico de alcance regional, y Santiago en sede de numerosas organizaciones internacionales y regionales<sup>60</sup>.

El carácter emblemático de Chile, a la vez que se sustentaba en su desarrollo social y político, le servía también para obtener recursos provenientes de la denominada asistencia para el desarrollo. En los años sesenta, Chile se constituyó en receptor importante de cooperación para el desarrollo, principalmente en el marco de la “Alianza para el Progreso”<sup>61</sup>. Gran parte de los recursos obtenidos fueron destinados a reforzar el sistema educacional, y específicamente a fomentar el desarrollo de las ciencias sociales. Estos impulsos respaldaron significativamente los esfuerzos internos que venían desarrollándose en el ámbito educacional en general y en la educación superior en particular, transformándose la educación en un área prioritaria de las políticas chilenas de desarrollo. En ese sentido, para los años setenta “las universidades chilenas se encontraban entre las más fuertes de la región, jugando un papel fundamental en el entrenamiento de las élites modernas y dando forma a las ideas que dominaban los debates públicos. La educación, particularmente la educación superior, se había convertido en una potente fuerza en la sociedad chilena”<sup>62</sup>.

El desarrollo y consolidación de las ciencias sociales chilenas, al menos hasta comienzo de los años setenta, permite identificar la presencia de quehaceres disciplinarios fuertes en Chile, es decir, justifica la indagación de un quehacer disciplinar (en este caso el derecho internacional), en el sentido de que el contexto chileno imprime ciertas características o condiciona pero no impide una práctica disciplinar sustantiva; en otras palabras, permite cuestionar, si no refutar, la idea de la debilidad de la práctica del derecho internacional *causada* por la precariedad del contexto chileno y la condición de país subdesarrollado.

Mientras las ciencias sociales avanzaban, el derecho quedaba al margen. Es plausible sostener que, como campo de conocimiento, el derecho aún no ha experimentado los procesos de modernización a partir de los cuales se institucionalizaron las ciencias sociales en Chile. El carácter parroquial y pragmático de la manera de entender y estudiar el derecho en el ámbito

59 SONNTAG, H. R. *Duda, certeza, crisis: la evolución de las ciencias sociales de América Latina*. Unesco, 1988.

60 Por ejemplo: CEPAL, FLACSO, ILPES y PREALC. Oficinas regionales de UNICEF, UNESCO y FAO.

61 Nos referimos aquí al programa de apoyo al desarrollo que el gobierno de Estados Unidos ideó bajo Kennedy para Latinoamérica.

62 PURYEAR, J. *Thinking politics: Intellectuals and democracy in Chile, 1973-1988*. JHU Press, 1994, 12.

chileno (del derecho en general y no solo el derecho internacional), esto es, la construcción de un objeto de estudio circunscrito al ordenamiento jurídico chileno respecto del cual se enfatiza su operación, implica la devaluación de la reflexión y el retraso de la disciplina (y diversas sub-disciplinas) del derecho respecto de las ciencias sociales, tanto en relación con los modos de práctica (la debilidad de lo académico en el ámbito del derecho) como con las visiones teóricas que lo sustentan (v.gr., la fuerza que aún ejerce la dicotomía iusnaturalismo-positivismo jurídico). En el marco de esta escisión disciplinar derecho-ciencia social, la práctica del derecho internacional se sitúa más cerca del derecho que de la ciencia social. Por ejemplo, al igual que el derecho en general, y a diferencia de otros ámbitos de las ciencias sociales, la docencia y la investigación en derecho internacional se plantean en términos parroquiales; basada aquella principalmente en manuales chilenos<sup>63</sup> y esta en “temas chilenos”. A nivel de practicantes, esta escisión significa que el practicante del derecho internacional responde más al perfil de un abogado que al de un practicante de alguna ciencia social.

La construcción de un lenguaje disciplinar compartido en el entorno chileno se encuentra profundamente debilitada ante la ausencia de diálogo. La precariedad de las publicaciones periódicas como instancia de diálogo disciplinar en Chile es manifiesta<sup>64</sup>. A su vez, las universidades como espacios de docencia e investigación tampoco han sido dinámicos a la hora de establecer instancias de diálogo y reflexión permanente. La generalidad de las facultades de derecho no cuenta con departamentos de derecho internacional<sup>65</sup>, alojándose la disciplina, normalmente, dentro de departamentos de derecho público, y carecen de publicaciones en el ámbito específico<sup>66</sup> o de instancias de discusión o encuentro regular<sup>67</sup>. Así, la publicación y el encuentro académico responden a reacciones coyunturales, lo cual impide generar diálogos sostenidos. Es por ello que las revistas de las facultades de derecho chilenas dedican irregularmente espacios al derecho internacional. La presencia del derecho internacional en ellas parece obedecer a ciclos de modas temáticas.

63 Véase BENADAVA, S. *Derecho internacional público*. 1982; BARROS JARPA, E. *Manual de derecho internacional público*. Santiago: Jurídica de Chile, 1964 y GAMBOA SERAZZI, F. *Tratado de derecho internacional público*. Santiago: LexisNexis, 2003.

64 Así por ejemplo, para 2016 existía solamente una revista indexada como WOS (ex -ISI), a saber, la *Revista Chilena de Derecho* (RCHD), editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y que tiene un contenido misceláneo, en la cual entre 1990 y 2015 solo hubo 40 publicaciones de derecho internacional.

65 En Chile solo existen tres facultades con departamento de derecho internacional: la Universidad de Chile, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de los Andes.

66 Actualmente en Chile sólo existe una revista especializada en derecho internacional, la revista *Tribuna Internacional* de la Universidad de Chile.

67 En la última década se han visto esfuerzos en la materia con la realización anual de los Coloquios de Derecho Internacional. Véase: <http://sociedadchilenadederechointernacional.cl/?s=coloquios>

Por ejemplo, en la primera mitad de la década de 1990, ante la modificación al artículo quinto de la Constitución de 1980 primó el estudio de la relación derecho internacional-derecho interno (específicamente la incorporación de las normas convencionales de derechos humanos al orden jurídico chileno, con la preeminencia de una visión constitucionalista)<sup>68</sup>.

Por su parte, los congresos y seminarios desarrollados en Chile tampoco constituyen una instancia de encuentro y diálogo disciplinar. Los congresos específicamente relacionados con el derecho internacional no se desarrollan regularmente, ni obedecen a criterios de continuidad en las líneas de investigación<sup>69</sup>. En general, estos encuentros se caracterizan por el énfasis descriptivista y expositivo. Esto explica el énfasis en el estudio de instancias legales y su funcionamiento, o de resolución de controversias. El punto a resaltar es que estos encuentros no se plantean como instancias de trabajo para los practicantes académicos, es decir, de presentación y discusión de informes de investigación, con algún grado de regularidad y con algún planteamiento sobre la relevancia del tema tratado; por el contrario, se convierten en espacios de actualización de conocimientos para abogados o de información o puesta al día para legos.

Además, los diversos espacios de práctica carecen de conexiones institucionales (en el sentido de acuerdos regulares y permanentes en el tiempo), de manera que los ámbitos de práctica –docencia, investigación ejercicio profesional del abogado internacionalista– constituyen en el entorno chileno espacios de ejercicio profesional independiente<sup>70</sup>.

Acá no se trata de juzgar a los practicantes chilenos, sino, por el contrario, de interpretar las prácticas dominantes desde el punto de vista de las estructuras en que estas se insertan. Podemos afirmar que el derecho internacional se encuentra marcado por la presencia y persistencia de los legados autoritarios, esto es, la continuidad de un contexto societal que subordina el pensamiento crítico y en general el ámbito de los quehaceres reflexivos. La persistencia de los legados autoritarios resulta de la continuidad y consolidación del sistema y de reformas políticas, económicas y sociales implantadas por la dictadura, presenciándose en los años noventa lo que Nef denomina “la institucionalización de la contrarrevolución”<sup>71</sup>. Así, en el ámbito de los quehaceres en

68 V.gr., número especial de la *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica). Vol. xxiii, 1996. Actualmente se han dado debates en el derecho internacional con respecto a la demanda de Bolivia contra Chile en la Corte Internacional de Justicia. Véase: <http://www.tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/issue/view/3904>

69 Desde el año 2013 la Sociedad Chilena de Derecho Internacional ha intentado recopilar los congresos y coloquios que se realizan. Véase: <http://sociedadchilenadederechointernacional.cl/2013-2/>

70 Véase BECKER LORCA. El derecho internacional en Chile: explorado las inercias de una práctica (ir)relevante, cit.

71 NEF, J. *Contradicciones en el “modelo chileno”*. *La caja de Pandora. El retorno de*

ciencia social en general, la persistencia del legado autoritario ha significado la consolidación de la desinstitucionalización y el predominio de un ambiente intelectual complaciente; en tanto que, en el ámbito específico del derecho internacional, el legado autoritario ha significado el reforzamiento de la manera acrítica en que la disciplina se ha practicado en el transcurso de las últimas décadas.

En consecuencia, la vuelta a la democracia no significó el fortalecimiento del ámbito académico, sino su debilitamiento y subordinación al ámbito político, el que a su vez está sometido al orden económico<sup>72</sup>. En este sentido, Menéndez-Carrión y Joignant han planteado la falta de autonomía del campo académico chileno en cuanto a la elección de los objetos de investigación, resaltando el papel de las ciencias sociales en el tratamiento de cuestiones tales como la gobernabilidad y modernización que acompañaban los intentos políticos de cierre de la transición, y los rendimientos para los intelectuales que participaban en el tratamiento de dichas temáticas<sup>73</sup>.

Una transición política, que adquiriera las características de una “democratización incompleta” marcada por la búsqueda obsesiva de consensos y acomodos en un marco de “amarres” y “enclaves” autoritarios<sup>74</sup>, generaba desde las élites políticas un ambiente público contenido y embozado –lo que Wilde denomina una “conspiración del consenso”– que, a su vez, se extiende y repercute fuertemente en el ámbito intelectual, expresándose en la complacencia generalizada de este frente a las limitaciones y contradicciones que asumía la transición chilena<sup>75</sup>.

#### 4. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN CHILE

Si las limitaciones y contradicciones de la transición chilena se han arrastrado por décadas, no debiera sorprender ver cómo los legados autoritarios se expresan en la enseñanza del derecho internacional en relación con los pueblos originarios. La consagración de los pueblos indígenas como suje-

*la transición chilena*, 1999, 89-124, 115. Véase además NEF, J. The Chilean model: Fact and fiction. *Latin American Perspectives*. Vol. 30, n.º 5, 2003, 16-40.

72 Véase, p. ej., GARRETÓN, M. A. Mitos y realidades de la transición democrática en Chile: temas pendientes. *Némesis*, n.º 4, 2004 y GARRETÓN, R. et al. La democracia incompleta en Chile: la realidad tras los rankings internacionales. *Revista de Ciencia Política*. Vol. 30, n.º 1, 2010, 115-148.

73 MENÉNDEZ-CARRIÓN, A.; RONDÓN, A. J.; GARRETÓN MERINO, M. A. *La caja de Pandora: el retorno de la transición chilena*. Planeta/Ariel, 1999.

74 ÁLVIZ MARÍN, M., Forcing consensus: Challenges for rights-based Constitutionalism in Chile, en Harvey, C. y Schwartz, A., *Rights in Divided Societies*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2012, 247-266.

75 WILDE, A. Irruptions of memory: Expressive politics in Chile's transition to democracy. *Journal of Latin American Studies*. Vol. 31, n.º 2, 1999, 473-500.



tos de derecho internacional no ha sido reconocida desde la enseñanza del derecho. Por una parte, los legados autoritarios y específicamente la lógica neoliberal en la educación, no fomentan el análisis crítico en áreas que no son vistas como estrechamente vinculadas al desarrollo económico. Así el derecho internacional con respecto a los pueblos originarios no se entiende como área prioritaria.

Por otra parte, las escuelas de derecho han perpetuado lo que podríamos llamar un modelo colonial de enseñanza. El único derecho considerado es el derecho formal de fuente estatal chilena. Solo la institucionalidad formal estatal es reconocida como institucionalidad legítima. Tradicionalmente, en las escuelas de derecho se ha intentado enseñar las bases normativas de los sistemas jurídicos formalmente entendidos, sin una explicación política significativa, planteando de esta manera que el derecho es meramente técnico y que debido a su cientificidad este debe ser neutral e imparcial. Esta corriente, denominada por López Medina como “positivismo pre kelseniano”, presenta entre sus características el legocentrismo, la omnicomprensividad, la literalidad y la pureza, en donde esta última indica que “solo el derecho ajeno a la política es el que debe decidir la distribución de ventajas, prerrogativas y derechos”; “Esta orientación constituye la teoría más común del derecho en nuestro medio”<sup>76</sup>.

Razones para que la relación entre derecho internacional y pueblos originarios sea estudiada en Chile no faltan. También desde la década de 1990 renace la causa Mapuche, y no solo aquella que tiene que ver con la recuperación de tierras; en efecto, surge renovada y con voces que demandan autodeterminación, autogobierno y autonomía. Estas demandas se inician junto a las actividades del “*Aukiñ Wallmapu Ngulam*” o “Consejo de Todas las Tierras”, una organización Mapuche que realiza en 1991<sup>[77]</sup> un intento de recuperación de tierras, generando a partir de este punto una nueva etapa de relación interétnica entre el Estado chileno y el pueblo Mapuche<sup>78</sup>. Los principales hechos que marcan esta época son el inicio de actividades de recuperación de tierras por parte de agrupaciones Mapuche y la formación de organizaciones indígenas con un claro discurso que reclama autodeterminación, como el ya mencionado “*Aukiñ Wallmapu Ngulam*” o la Organización Identidad Mapuche Lafkenche de Arauco<sup>79</sup>. También durante este período,

76 LÓPEZ MEDINA, D. E. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Legis, 2004, pp. 378 y 379.

77 MARIMÁN, J. *La Organización mapuche Aukiñ Wallmapu Ngulam*, 1995. Disponible en: [http://www.w.mapuche.info/wps\\_pdf/mar950400.pdf](http://www.w.mapuche.info/wps_pdf/mar950400.pdf) [Recuperado el 29 de enero de 2016 a las 23:08]

78 HERNÁNDEZ, I. *Autonomía o ciudadanía incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*. United Nations Publications, 2003, 209-210.

79 AYLWIN, J. Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas. *Per-*



junto con la dictación de varias normas relevantes de derecho internacional ya analizadas, se vio una constante preocupación de organismos internacionales debido a la represión sufrida por el pueblo Mapuche a manos de organismos de seguridad del Estado<sup>80</sup>.

A pesar de la relevancia del conflicto que afecta al pueblo originario Mapuche y del surgimiento de demandas de otros pueblos originarios, al igual que la práctica del derecho internacional en general, la formación e investigación en pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional se inserta en un entorno profundamente debilitado por la ausencia de diálogo disciplinar. En el caso de los pueblos originarios, más que publicaciones como instancia de diálogo, el silencio es sepulcral<sup>81</sup>. A su vez, las universidades como espacios de docencia e investigación tampoco han sido dinámicos en establecer instancias de diálogo y reflexión permanente relativa a los pueblos indígenas<sup>82</sup>. Asimismo, carecen de publicaciones en el ámbito específico<sup>83</sup> o de instancias de discusión o encuentro regular<sup>84</sup>.

Por su parte, los congresos y seminarios desarrollados en Chile tampoco constituyen una instancia de encuentro y diálogo disciplinar sobre pueblos originarios y derecho internacional. Los congresos específicamente relacionados con pueblos originarios y derecho internacional se desconocen y no siguen criterios de continuidad en las líneas de investigación<sup>85</sup>. En general las temáticas sobre pueblos originarios se reservan a ámbitos de las ciencias sociales en que el derecho pareciera ser un huésped extraño.

Por ello, la crítica antes formulada sobre la práctica del derecho internacional en Chile en la década de 1990, respecto de la desvinculación entre los lugares de práctica, la ausencia de investigación y de reflexión crítica, y

*spectivas en Política, Economía y Gestión*, Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Vol. 3, 2000, 293.

80 Informe del Relator Especial sobre la situación de los pueblos indígenas. Comunicaciones y casos examinados (Chile), 64-82. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.1.pdf> Recuperado el 15 de febrero de 2016.

81 Así por ejemplo, para 2016 existía solamente una revista indexada como wos (ex -isi), la *Revista Chilena de Derecho* (RCHD), editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y que tiene un contenido misceláneo; en ella habían sido publicados solo 2 artículos sobre pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional.

82 Actualmente la Universidad Católica de Temuco es la única que imparte una asignatura obligatoria de Pueblos Indígenas en su malla curricular.

83 En la *Revista Chilena de Derecho* solo hubo 2 publicaciones sobre pueblos indígenas entre 2008 y 2015.

84 En el año 2013 se llevó a cabo un seminario sobre propiedad indígena en la UCV. Véase: [http://ucv.altavoz.net/prontus\\_unidacad/site/artic/20131010/pags/20131010131826.html](http://ucv.altavoz.net/prontus_unidacad/site/artic/20131010/pags/20131010131826.html)

85 Entre los años 2008 y 2015 solo se realizaron dos congresos de derecho de los pueblos indígenas, el último en noviembre de 2015 e impulsado por la CONADI y la Universidad de Tarapacá. Véase: <http://www.conadi.gob.cl/index.php/2-noticias/1678-masiva-participacion-en-ii-congreso-internacional-de-derecho-indigena-organizado-por-conadi-y-universidad-de-tarapaca> Recuperado el 20 de febrero de 2017.

la debilidad de la docencia de derecho internacional, confirma que en lo que concierne a los pueblos originarios como sujetos de derecho internacional se mantiene la formación de los abogados al margen de los debates fundamentales de la disciplina y las ideas o posturas teóricas en juego.

Una disciplina que no se constituye en comunidad epistémica fuerte es funcional a un modelo de asimilación de los pueblos originarios a un Estado monoétnico, en el cual abogados y jueces desconocen a los pueblos originarios, no solo en tanto titulares de derechos en el plano internacional e interno, sino en cuanto sujetos políticos. Recordemos, por ejemplo, que la Corte Interamericana criticó la aplicación discriminatoria y arbitraria, así como la falta de imparcialidad, de los tribunales de justicia chilenos en el caso *Norín Catrیمان y otros contra Chile*<sup>86</sup>.

¿Cómo se inserta una disciplina del derecho internacional débil en el marco de la enseñanza del derecho en general? Pensamos que sin una comunidad epistémica fuerte, internacionalistas en universidades chilenas carecería de interés o de capital intelectual para introducir la problemática de los pueblos originarios y así tensionar sus escuelas. Es decir, el derecho internacional es más bien superestructural respecto del derecho en general. Donde el *ethos* general de una escuela ignore la problemática de los pueblos originarios, no deberíamos encontrar investigación o enseñanza del derecho internacional significativa respecto de los pueblos originarios como sujeto de derecho internacional. En cambio, cuando el *ethos* general de una escuela sea más asertivo con respecto a la problemática de los pueblos originarios, deberíamos ver mayor interés por parte de internacionalistas. Así, no debiera sorprender que escuelas geográficamente próximas a la problemática de los pueblos originarios sean más abiertas a la discusión de la relación entre derecho internacional y pueblos originarios.

Por ejemplo, la enseñanza del derecho es diferente en una universidad ubicada en la región de Chile con la mayor cantidad de conflictos entre el Estado chileno y el Pueblo Mapuche. La Universidad Católica de Temuco expresa una preocupación con respecto a la vinculación con el medio, y la misión de la carrera de Derecho señala como objetivo una “formación que persigue desarrollar la capacidad de análisis y formulación de soluciones a problemas jurídicos, comprensión de otras disciplinas y trabajo en equipo para la búsqueda de soluciones integrales a problemas de la realidad de la Región de La Araucanía y de la Macro Región Sur”<sup>87</sup>. Ahora bien, ¿cómo se ve plasmado lo descrito? La oferta académica incluye asignaturas obligatorias tales como “Derecho de los Pueblos Indígenas” o “Derecho Ambiental”<sup>88</sup>.

86 2014, C-279, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Norín Catrیمان y otros (Lonkos Mapuches) contra Chile*.

87 Véase: [http://derecho.uct.cl/?page\\_id=260](http://derecho.uct.cl/?page_id=260) Recuperado el 26 de febrero de 2016.

88 Véase: <http://derecho.uct.cl/wp-content/uploads/2013/03/malla-final.png> Recuperado

Con respecto a la asignatura “Derechos de los Pueblos Indígenas”<sup>89</sup>, al analizar su programa podemos encontrar que esta es similar al tratamiento dado en los apartados anteriores, indicando que se estudiarán la “Ley Indígena n.º 19.253 y el Convenio n.º 169 de la OIT, fuentes que confluyen dando forma a las principales instituciones vigentes del derecho que el Estado ha establecido para los indígenas, definiendo sus derechos y obligaciones, en estrecha vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos. “También, en forma introductoria, se revisa la historia y fundamentos del Derecho Indígena para comprender su proceso de formación, tanto en lo nacional, como en lo internacional [...]. Así mismo, se considera un acercamiento preliminar al Derecho Propio y la cultura de los Pueblos Indígenas, considerando el Pueblo Mapuche en particular, a fin de facilitar un proceso de comprensión del derecho indígena aplicado a nuestra realidad regional”.

Otro ejemplo, algo diverso, es la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, también ubicada en una región en que ocurre buena parte de los conflictos con el Pueblo Mapuche. En su malla curricular no ofrece asignaturas obligatorias sobre la temática, sino asignaturas generales vinculadas a los derechos humanos; el tratamiento de los pueblos indígenas está restringido a asignaturas electivas relativas al llamado “Conflicto Mapuche” o “Derecho de los Pueblos Indígenas”<sup>90</sup>, y no obedece a una perspectiva de la realidad internacional, acorde al nuevo estatus del que los pueblos indígenas gozan desde la década de 1990 en el ámbito internacional.

Sin embargo, sería extraño que el *ethos* de una escuela de derecho en relación con la problemática de los pueblos originarios dependiera solo de la proximidad geográfica al conflicto. La dimensión política es también significativa. Así como las prácticas del derecho internacional en Chile han estado marcadas por los legados autoritarios de la transición, es posible pensar que la apertura política y el fin de ese consenso transicional que se ha producido desde las movilizaciones estudiantiles del año 2011, signifique también un punto de inflexión para repensar la práctica del derecho en general y, por ello, respecto del derecho internacional y los pueblos originarios en particular<sup>91</sup>.

el 26 de febrero de 2016.

<sup>89</sup> Véase: <http://derecho.uct.cl/wp-content/uploads/2013/03/derecho-indigena.pdf> Recuperado el 26 de febrero de 2016.

<sup>90</sup> Asignatura impartida en conjunto por los profesores Shin Imai de Osgoode Hall Law School, York University (Canadá) y Amaya Álvez Marín, de la propia Universidad de Concepción, curso que fue nuevamente impartido a nivel de posgrado en 2015 entre ambos docentes.

<sup>91</sup> Sobre las movilizaciones estudiantiles como punto de inflexión de la transición y la crisis que ha significado respecto del modelo posdictadura véase, entre muchos otros, Mayol, A. *El derrumbe del modelo: la crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago: LOM Ediciones, 2012. Sobre la subsistencia de los legados autoritarios en el Chile de hoy, entre muchos otros véase: HUNEEUS, C. *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Santiago de Chile: Taurus, 2014.

En este sentido, el reciente anuncio de la creación del Centro de Estudio de Interculturalidad y Derecho en la Universidad de Chile pudiera interpretarse como reflejo de la apertura política que se experimenta hoy en el país<sup>92</sup>. Es de esperar que académicos que por años se han dedicado a la investigación de la dimensión jurídica de la problemática de los pueblos originarios puedan capitalizar el momento político actual para dar mayor visibilidad a las demandas de estos pueblos<sup>93</sup>. Habrá que ver si aquellos que practican el derecho internacional se sumarán o se opondrán a la nueva tendencia.

#### REFLEXIÓN FINAL

El ambiente societal acrítico e irreflexivo que caracterizó la transición chilena —como hemos argumentado— explica la incapacidad de la disciplina del derecho internacional en Chile de constituirse como un quehacer reflexivo relevante. Es decir, la larga transición chilena hacia la democracia heredó de la dictadura no solo estructuras políticas, jurídicas y económicas, sino también prácticas disciplinarias autoritarias. Si bien las dinámicas de los derechos humanos permitieron el inicio de un proceso de “cascada de la justicia” con relativo éxito en la lucha contra la impunidad y en la internalización de los derechos humanos como protección ante abusos del aparato represivo del Estado, en relación con el conflicto entre Estado chileno y pueblos originarios el derecho internacional en tanto práctica disciplinar ha sido más bien un obstáculo al cambio.

En cuanto quehacer circunscrito exclusivamente al derecho formal y a la técnica legal, el derecho internacional no ofrece respuestas al conflicto político subyacente a la dimensión formal. Es así como, por ejemplo, las consultas indígenas se desarrollan de un modo procesal medianamente correcto, pero políticamente irrelevante. Por ese camino, el proyecto normativo que subyace a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 —autonomía o autogobierno; propiedad de tierras tradicionales, incluyendo los recursos naturales (sin interferencias externas y con efectivo, libre consentimiento informado), y reconocimiento del derecho consuetudinario indígena— es ignorado.

92 Véase: <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/119178/aprueban-creacion-del-centro-de-estudio-de-interculturalidad-y-derecho>

93 Véase, p. ej.: CASTRO-LUCIC, M. (ed.). *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho. Programa Internacional de Interculturalidad*. Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile, 2004; MILLALEO, S. *Ser/no ser, mapuche o mestizo*. Denver: Centro de Documentación Mapuche Ñuke Mapu, 2002; VILLEGAS, M. *El mapuche como enemigo en el derecho penal: Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo*. Portal iberoamericano de las ciencias penales; YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2011.

Mientras las prácticas del derecho internacional en Chile se mantengan bajo el influjo de los legados autoritarios no será posible ver de qué manera los derechos y protecciones que el derecho internacional pudiera conferir a los pueblos originarios, pudieran ser internalizados en el ambiente político local para así iniciar la “cascada de la justicia”. Entonces, cabe concluir que los modos “irrelevantes” de practicar la disciplina no son fortuitos, sino funcionales a la estructura sociopolítica heredada de la dictadura y reproducida durante la larga transición. Es decir, la práctica del derecho internacional en Chile es funcional a un “modelo” marcado por la hegemonía del discurso neoliberal, y que se expresa, entre otras, en la inserción chilena en la economía mundial reflejando y no disputando las relaciones de poder del sistema internacional.

Pero, a medida que los legados del autoritarismo se debilitan, las oportunidades para repensar la problemática de los pueblos originarios, específicamente las demandas de autonomía de los pueblos originarios Aymara, Atacameño, Diaguita, Chango, Rapa Nui, Mapuche, Lafkenche, Ona, Kawésqar y Yagán, aumentan<sup>94</sup>. En la medida que el debilitamiento de los legados del autoritarismo incluya también la práctica disciplinar del derecho, podríamos pensar que el derecho internacional pudiera reconstituirse como discurso políticamente relevante. Dicha reconstitución es importante para Chile, puesto que pudiera contribuir a que el país confronte su pasado colonial. Pero también es importante para el derecho internacional en general.

Estamos acostumbrados a ver al derecho internacional como un producto occidental, como producto de la tradición y pensamiento de países del centro del sistema internacional. Repensar el derecho internacional desde la perspectiva de las demandas históricas de pueblos originarios sirve para reafirmar el compromiso con una “lucha intelectual y práctica para exponer, reformar o incluso reducir aquellas características del sistema jurídico internacional que ayudan a crear o mantener el desigual, inequitativo e injusto orden global”<sup>95</sup>. Repensar el derecho internacional desde la problemática de los pueblos originarios sirve para imaginar el orden internacional no solo como orden multiétnico y multipolar<sup>96</sup>, sino también como orden que acoja Estados plurinacionales.

A medida que los legados del autoritarismo se debiliten pudiéramos pensar que la reproducción de patrones coloniales se vuelva más difícil. La reproducción de patrones coloniales en la educación legal ciertamente no pasa solo por la práctica del derecho internacional. Desde la reproducción de viejas

94 A propósito incluimos pueblos reconocidos por la ley indígena en Chile de otros que basados en la autoidentificación como los Changos, aún luchan por un reconocimiento interno en Chile.

95 OKAFOR, O. C. Newness, imperialism, and international legal reform in our time: A TWAIL perspective. *Osgoode Hall LJ*. Vol. 43, 2005, 171.

96 PARMAR, P. TWAIL: An epistemological inquiry. *Int'l Comm. L. Rev.* Vol. 10, 2008, 363.

narrativas sobre nuestra afiliación al “derecho indiano”, a la producción de narrativas sobre la historia del derecho constitucional chileno, modos indígenas de saber son sistemáticamente desplazados, historias de resistencia son ignoradas<sup>97</sup>. Es por esto que podemos concluir que el debilitamiento de los legados del autoritarismo no cambia las narrativas sobre las cuales descansa la institucionalidad chilena entendida como gobierno de una *polis* blanca y homogénea. Pero ciertamente, mientras los legados autoritarios pierden fuerza, nuevos horizontes se abren para la disputa de dichas narrativas. ¿De qué lado estarán los practicantes del derecho internacional en esta disputa? La esperanza descansa en las nuevas generaciones, y en el rol que practicantes miembros de pueblos originarios pudieran liderar.

#### REFERENCIAS

- ÁLVEZ MARÍN, M. (2012). Forcing consensus: Challenges for rights-based Constitutionalism in Chile, en Harvey, C. y Schwartz, A. *Rights in Divided Societies*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 247-266.
- BECKER LORCA, A. (2000). El derecho internacional en Chile: explorado las inercias de una práctica (ir)relevante. Tesis de Magíster en Estudios Internacionales, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. Inédita.
- BECKER LORCA, A. (2014). *Mestizo International Law: A global intellectual history. 1842-1933*. Cambridge University Press.
- BENADAVA, S. (1982). *Derecho internacional público*. Santiago: Jurídica de Chile.
- BARROS JARPA, E. (1964). *Manual de derecho internacional público*. Santiago: Jurídica de Chile.
- BOYLE, J. (1985). Ideals and things: International legal scholarship and the prison-house of language. *Harv. Int'l. L.J.* Vol. 2.
- CASTRO-LUCIC, M. (ed.) (2004). *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*. Programa Internacional de Interculturalidad. Vicerrectoría de Investigación y Desarrollo, Universidad de Chile.
- GAMBOA SERAZZI, F. (2003). *Tratado de derecho internacional público*. Santiago: LexisNexis.
- GOODMAN, R. y JINKS, D. (2013). *Socializing states: Promoting human rights through international law*. Oxford University Press.
- HERNÁNDEZ, I. (2003) *Autonomía o ciudadanía incompleta: el pueblo mapuche en Chile y Argentina*. United Nations Publications.
- HILBINK, L. (2007) *Judges beyond politics in democracy and dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge University Press.

97 Sobre la invención del derecho indiano véase NUZZO, L. De Italia a las Indias. Un viaje del derecho común. *Estudios Socio-Jurídicos* 10.1, 2008, 87-126.

- HUNEEUS, C. *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Santiago: Taurus.
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2004) *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Legis.
- MAYOL, A. (2014) *El derrumbe del modelo: la crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago: LOM Ediciones, 2012.
- MENÉNDEZ-CARRIÓN, A.; RONDÓN, A. J.; GARRETÓN MERINO, M. A. (1999) *La caja de Pandora: el retorno de la transición chilena*. Planeta/Ariel.
- MOYN, S. (2010) *The last utopia*. Harvard University Press.
- OBREGÓN, L. (2011) The civilized and the uncivilized. En B. Fassbender y A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*.
- PURYEAR, J. (1994) *Thinking politics: Intellectuals and democracy in Chile, 1973-1988*. JHU Press.
- SIKKINK, K. (2011) *The Justice Cascade: How Human Rights prosecutions are changing world politics*. The Norton Series in World Politics, WW Norton & Company.
- SIKKING, K. (2013) “La cascada de la justicia”. *Cómo los juicios de lesa humanidad están cambiando el mundo de la política*. Barcelona: Gedisa.
- SIMMONS, B. A. (2009) *Mobilizing for Human Rights: International Law in domestic politics*. Cambridge University Press.
- SONNTAG, H. R. (1988) *Duda, certeza, crisis: la evolución de las ciencias sociales de América Latina*. Unesco.
- YÁÑEZ, N. y MOLINA, R. (2011) *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: LOM Ediciones.

### *Artículos de revista*

- ANAYA, S. J. y WILLIAMS Jr, R. A. (2001) The protection of indigenous peoples' rights over lands and natural resources under the Inter-American human rights system. *Harv. Hum. Rts. J.* Vol. 14.
- AYLWIN, J. (2000) *Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas. Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Vol. 3, 293.
- BECKER LORCA, A. (2006) International Law in Latin America or Latin American International Law-Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harv. Int'l LJ.* Vol. 47, 283.
- CASS, D. Z. (1996) Navigating the newstream: Recent critical scholarship in International Law. *Nordic Journal of International Law*. Vol. 65, n.º 3, 341-383.
- ESPINOZA, M. (2016) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. *Revista Derecho del Estado*, n.º 37, 229-254.



- GARRETÓN, M. A. (2004) Mitos y realidades de la transición democrática en Chile: temas pendientes. *Némesis*. N.º 4.
- GARRETÓN, R. et al. (2010) La democracia incompleta en Chile: la realidad tras los rankings internacionales. *Revista de Ciencia Política*. Vol. 30, n.º 1, 115-148.
- KENNEDY, D. (2000) My Talk at the ASIL: What Is New Thinking in International Law? *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. The American Society of International Law, 104-125.
- KINGSBURY, B. (1998) "Indigenous peoples" in International Law: A constructivist approach to the Asian controversy. *American Journal of International Law*, 414-457.
- KOSKENNIEMI, M. (1990) The politics of International Law. *Eur. J. Int'l L.* Vol. 1.
- HUNEEUS, A. (2010) Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn. *Law & Social Inquiry*. Vol. 35, n.º 1, 99-135.
- LENZERINI, F. (2006) Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples. *Tex. Int'l LJ*. Vol. 42, 155.
- MARIMÁN, J. (1995) *La Organización mapuche Aukiñ Wallmapu Ngulam*. Disponible en: [http://www.w.mapuche.info/wps\\_pdf/mar950400.pdf](http://www.w.mapuche.info/wps_pdf/mar950400.pdf) Recuperado el 29 de enero de 2016.
- MARKS, S. (1997) The End of History? Reflections on Some International Legal Theses. *European Journal of International Law*. Vol. 8, n.º 3, 449-477.
- MILLALEO, S. (2002) *Ser/no ser, mapuche o mestizo*. Denver: Centro de Documentación Mapuche Ñuke Mapu.
- MUTUA, M. (2001) Savages. Victims, and saviors: The metaphor of Human Rights. *Harv. Int'l LJ*. Vol. 42, 201-585.
- MENÉNDEZ-CARRIÓN, A. (1991) Para repensar la cuestión de la gobernabilidad desde la ciudadanía. Dilemas, opciones y apuntes para un proyecto. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Vol. 1, n.º 1, 79-98.
- NEF, J. (1999) Contradicciones en el "modelo chileno". En *La caja de Pandora. El retorno de la transición chilena*, 89-124.
- NEF, J. (2003) The Chilean model: Fact and fiction. *Latin American Perspectives*. Vol. 30, n.º 5, 16-40.
- OKAFOR, O. C. (2005) Newness, imperialism, and international legal reform in our time: A Twail perspective. *Osgoode Hall LJ*. Vol. 43, 171.
- PARMAR, P. (2008) TWAIL: An epistemological inquiry. *Int'l Comm. L. Rev.* Vol. 10, 363.
- SIMPSON, G. (2000) The situation on the international legal theory front: The power of rules and the rule of power. *European Journal of International Law*. Vol. 11, n.º 2, 439-464.
- TUSHNET, M. (1991) Critical Legal Studies: A political history. *Yale Law Journal*, 1515-1544.



VILLEGAS, M. El mapuche como enemigo en el derecho penal: consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo. *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*.

WILDE, A. (1999) Irruptions of memory: Expressive politics in Chile's transition to democracy. *Journal of Latin American Studies*. Vol. 31, n.º 2, 473-500.